Nr. 664

Die Rechtsgrundlagen der Anstaltspolizei

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der juristischen Doktorwürde

der

Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät

der

Philipps-Universität zu Marburg

vorgelegt von

Werner Dickmann

Referendar aus Berlin

Marburg 1935

Druck von Gebrüder Hoffmann, Charlottenburg, Schillerstraße 44.

Als Dissertation von der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät angenommen am 25. November 1933.

Berichterstatter: Professor Dr. Genzmer.

Inhalt.

	Seite
Literaturverzeichnis	5
§ 1 Einleitung	6
Begriffsbestimmung der Anstaltspolizei	7
§ 2 Öffentliche Anstalt	7
§ 3 Die Polizei	8
§ 4 Anstaltspolizei	8
Untersuchung über die Rechtsgrundlagen der Anstaltspolizei	11
§ 5 § 10. II. 17. ALR und § 14 PVG	11
§ 6 Staatsnotrecht	19
§ 7 Vorverfassungsrecht als Ergänzung der Lücken im geltenden Recht	30
§ 8 Rechtsbildung durch Anerkennung	35
§ 9 Schlußwort	46

Literatur.

Anschütz, Die Polizei. Veröffentlichung der Gehe-Stiftung, Dresden 1910.
— Die Verfassungsurkunde für den preuß. Staat vom 31. Januar 1850. Ein Kommentar f. Wissenschaft u. Praxis, Bd. I. (1912).
— Lücken in Verfassungs- und Verwaltungsgesetzen. VArch Bd. 14.
— Ersatzanspruch aus Vermögensbeschädigungen... VArch Bd. 5.
H. Bischof, Das Notrecht der Staatsgewalt in Gesetzgebung und Regierung. ArchÖffR III. Bd. 3. Heft.
Drews, Preußisches Polizeirecht, Allg. Teil. 3. Aufl. 1931.
Fleiner, Institutionen des deutschen Verwaltungsrechts. 1912.
— Einzelrecht und öffentliches Interesse. Staatsrechtl. Abhandlungen in der Festgabe für Laband Bd. II. 1908.
Hatschek, Lehrbuch des deutschen und preußischen Verwaltungsrechts. 5./6. Aufl.
Herrfahrdt, Revolution und Rechtswissenschaft. 1930.
G. Jellinek, Allgemeine Staatslehre. 1921.
W. Jellinek, Gesetz, Gesetzanwendung und Zweckmäßigkeitserwägungen 1913.
— Verwaltungsrecht. 2. Aufl. 1929.
Klausener-Kerstiens-Kempner, Kommentar zum Preußischen Polizei-Verwaltungsgesetz v. 1. VI. 31. 2. Aufl. 1932.
Kormann, Grundzüge des allgemeinen Teils des öffentlichen Rechts. Annalen des Dtsch. Reiches 1911, 1912.
List, Kormanns Einführung in die Praxis des deutschen Verwaltungsrechts. 2. Aufl. 1930.
— Grundzüge des Bibliotheksrechts. 1928.
O. Mayer, Verwaltungsrecht. 3. Aufl. 1924.
— Die juristische Person und ihre Verwertbarkeit im öffentlichen Recht. Staatsrechtl. Abhandlungen in der Festgabe für Laband. Bd. I. 1908.
G. Meyer, Der Staat und die erworbenen Rechte. Staats- und völkerrechtl. Abhandlungen. Bd. I, 2. 1895.
Schade, Eigentum und Polizei. ArchÖffR, Bd. 30.
C. Schmitt, Der Wert des Staates und die Bedeutung des Einzelnen. 1914.
Schoen, Deutsches Verwaltungsrecht. Kohler-Holtzendorff-Encyklopädie Bd. IV.
Waldecker, Die Anstaltspolizei. Annalen d. Deutschen Reiches 1915.
Wolzendorff, Staatsnotrecht. ArchÖffR Bd. 27.

Weitere Monographien, Aufsätze, sowie Dissertationen und Entscheidungen sind in den Fußnoten genau angegeben. Bei Angabe von Entscheidungssammlungen und Zeitschriften sind die gebräuchlichen Abkürzungen verwendet worden.

§ 1. Einleitung.

In dem in der Wissenschaft des Verwaltungsrechts seit Jahren bestehenden Streit um die Anerkennung der „Anstaltspolizei" als Bestandteil des geltenden öffentlichen Rechts ist auch seit Jahren kein Fortschritt zu bemerken. Der Behauptung der einen Seite, es handele sich dabei um einen Kampf der öffentlichen Verwaltung gegen den Einzelnen, der auf rein tatsächlichem Gebiete liege, steht die andere Behauptung gegenüber, daß es sich bei der Anstaltspolizei um einen Ausschnitt, einen Teil staatlichen Notrechtes handele. Wo in neuerer Zeit überhaupt die Frage der Anstaltspolizei behandelt wird, wird sie mit der von Kormann[1]) aufgestellten Begründung wiedergegeben, oder mit den alten Argumenten bestritten. Nur eine Dissertation aus dem Jahre 1923[2]) bringt eine neue Untersuchung über die Anstaltspolizei und stellt sie auf eine neue, d. h. andere Rechtsgrundlage als bisher. Wegen der Wichtigkeit dieser Frage für den Schutz der öffentlichen Anstalt und die öffentliche Verwaltung überhaupt erschien daher eine Untersuchung über die Möglichkeiten der rechtlichen Begründung für die Anstaltspolizei notwendig. Hierbei soll es sich nicht um eine tatsächliche oder politische, sondern um eine rein rechtliche Untersuchung handeln, die ganz allgemein die Rechtsgrundlagen der Anstaltspolizei klarlegen will. Die einzelnen Fälle und Beispiele der Anstaltspolizei werden daher bewußt nicht behandelt und nur so weit in die Erörterung hineingezogen, als sie als Beispiele für bestimmte Rechtsgrundlagen dienen können oder sonst zur näheren Erläuterung nötig sind. Allerdings müssen auch politische und tatsächliche Vorgänge Berücksichtigung finden, soweit sie bedeutsame rechtliche Folgen oder Wandlungen in der Rechtsauffassung nach sich ziehen.

Ziel der Arbeit soll demnach sein, die Rechtsquellen, -grundsätze und -vorschriften des Verwaltungsrechts daraufhin zu untersuchen, wie weit sie als Rechtsgrundlagen für die Anstaltspolizei in Betracht kommen.

---

1) Annalen d. Dtsch. Reiches 1912, S. 198.

2) Hoffmann, Begriff, Wesen und Bedeutung der Anstaltspolizei nach preuß. Recht. (Rostock. Diss. 1923).

Begriffsbestimmung der Anstaltspolizei.

§ 2. Öffentliche Anstalt.

Bevor die rechtlichen Grundlagen der Anstaltspolizei untersucht werden, ist es notwendig, sich über den Begriff der „Anstaltspolizei" klar zu werden. Aus der Wortzusammensetzung selbst läßt sich schon etwas erkennen; da aber beide Wortbestandteile selbst auch wieder verwaltungsrechtliche Begriffe darstellen, bedürfen zunächst sie einer Erklärung. Diese Erklärung kann sehr kurz sein, weil „Anstalt" und „Polizei" im Verwaltungsrecht bereits bekannte, feststehende und fast unbestrittene Begriffe sind und schließlich auch die „Anstaltspolizei" im Widerstreit der Meinungen, ob sie rechtlich anzuerkennen sei oder nicht, zu einem solchen geworden ist.

Zur Bestimmung des Anstaltsbegriffs kommt, weil es sich hier um eine Untersuchung auf dem Gebiete des öffentlichen Rechts handelt, auch nur eine „öffentliche Anstalt" in Frage. Sie ist, nach der Definition von Otto Mayer[1]) ein Bestand von persönlichen und sachlichen Mitteln, die einem bestimmten öffentlichen Zweck dauernd dienen und sich in den Händen eines Subjekts der öffentlichen Verwaltung befinden. Diese Begriffsbestimmung umfaßt aber nur die öffentliche Anstalt im engeren Sinne, d. h. die Anstalten, die eine Sachnutzung gewähren[2]). Gewiß sind diese sog. „nutzbaren Anstalten" wohl die am häufigsten vorkommenden, und die Sachnutzung kann daher bei der öffentlichen Anstalt als besonders kennzeichnend angesehen werden, ist jedoch keineswegs Voraussetzung für das Vorhandensein einer öffentlichen Anstalt. Vollends zur Bestimmung der Anstaltspolizei ist es ganz gleichgültig, ob die Anstalt mit oder ohne Sachnutzung für die Anstaltszugehörigen oder andere besteht. Gleichgültig ist auch, ob die öffentliche Anstalt eigene Rechtsfähigkeit besitzt oder nicht. Es ist ferner im Rahmen dieser Untersuchung ohne Bedeutung, ob es sich um öffentliche „Anstalten" im Gegensatz zu öffentlichen „Körperschaften" oder „Stiftungen" handelt, d. h. ob die persönliche oder sachliche Grundlage überwiegt, oder ob ein Grenzgebilde zwischen beiden, wie z. B. die Universitäten, vorliegt. Ausschlaggebend ist jedoch dafür, ob eine öffentliche Anstalt vorliegt, daß der Staat, ein ihm untergeordneter Verband oder eine sonstige Person des öffent-

1) Deutsches Verwaltungsrecht, Bd. II S. 268.
2) Kormann, Annalen d. dtsch. Reiches 1911, S. 864.

lichen Rechts ein Unternehmen, sei es vorwiegend persönlich oder sachlich bestimmt, zur Erfüllung ihm zufallender öffentlicher Aufgaben ins Leben gerufen hat und dieses im Rahmen der ihm zugewiesenen Zwecke tätig wird. Kormann[3]) gibt daher für die öffentliche Anstalt folgende Definition: „öffentliche Anstalt im weiteren Sinne ist gleichbedeutend mit öffentlicher Veranstaltung, kann also bezeichnet werden als eine zu einem bestimmten öffentlichen Zweck von einer Person des öffentlichen Rechts hergerichtete Gesamtheit von Mitteln sachlicher oder persönlicher oder gemischter Art. Anstalt in diesem Sinne ist etwa das Heer. Anstalt ist auch die Behörde."

§ 3. Polizei.

Die klassische Formulierung des Polizeibegriffs gibt das Preußische Allgemeine Landrecht von 1794 in den bekannten § 10, II. 17.: „Die nötigen Anstalten zur Erhaltung der öffentlichen Ruhe, Sicherheit und Ordnung und zur Abwendung der dem Publico oder einzelnen Mitgliedern desselben bevorstehenden Gefahren ist Amt der Polizei".

Nach dieser bis heute noch gültigen Begriffsbestimmung fällt der Polizei unter Beschränkung ihrer früheren universellen Aufgaben in erster Linie die sozialrechtliche Aufgabe zu, alle Störungen von innen heraus vom Gemeinwesen fern zu halten. So stellt sich heute die Polizei nach der seit dem Jahre 1931 in § 14 PVG enthaltenen Begrenzung als diejenige mit Zwangsmitteln ausgerüstete Tätigkeit auf dem Gebiet der inneren Verwaltung dar, welche die dem Publikum oder dessen Mitgliedern drohenden Gefahren, sowie die Störung der öffentlichen Ordnung, Sicherheit und Ruhe abwehrt.

Wann und in welchem Umfang die Polizei im Einzelfall tätig werden darf, bestimmt sich heute im Rechtsstaat nach den gesetzlichen Vorschriften. So ist die Polizei die Selbsthilfe- und Selbstschutzfunktion des Staates in Bezug auf seine innere Verwaltung, die unter bestimmten gesetzlich vorgesehenen Voraussetzungen in Tätigkeit tritt.

§ 4. Anstaltspolizei.

„Die öffentliche Verwaltung verfolgt ihre Zwecke durch sächliche und persönliche Mittel in mancherlei Unternehmungen, Anstalten und Einrichtungen." „Der ungestörte Gang der öffentlichen Anstalten und Einrichtungen ist ein Bestandteil der guten Ordnung des Gemeinwesens und die Ab-

---

[3]) Kormann a. a. O. 1911, S. 863 und 1912, S. 198.

wehr von Störungen davon durch obrigkeitliche Gewalt ein Hauptstück der Polizei[4])." Diese von Otto Mayer umrissene Tätigkeit der Polizei beschränkt auf die Sicherung des Betriebes öffentlicher Anstalten, könnte man im weitesten Sinne als „Anstaltspolizei" bezeichnen. Doch weil in der Tätigkeit der öffentlichen Anstalten die öffentliche Verwaltung zu Tage tritt, deren ungestörten Betrieb zu sichern, ja überhaupt Aufgabe der Polizei ist, so würde dieser Begriff der „Anstaltspolizei" soviel allgemein Polizeirechtliches umschließen, daß es keinen Sinn gehabt hätte, ihn überhaupt erst zu schaffen. Die Anstaltspolizei als Begriff muß also einen engeren Kreis der die öffentlichen Anstalten betreffenden polizeirechtlichen Vorgänge erfassen. So scheidet aus dem Begriff der Anstaltspolizei die gesamte polizeiliche Tätigkeit zugunsten öffentlicher Anstalten aus, soweit sie der Polizeitätigkeit entspricht, die sich auf den Schutz oder die Sicherung privater Personen und Unternehmungen als Folge einer drohenden Störung der öffentlichen Ruhe, Sicherheit und Ordnung bezieht. Denn soweit dieser Schutz wegen Gefährdung der guten Ordnung in der Öffentlichkeit privaten Personen und Veranstaltungen angedeiht, genießen ihn selbstverständlich auch die öffentlichen Anstalten. Bei der Störung ihrer Tätigkeit und ihres Betriebes wird ja, da sie ein Teil öffentlicher Verwaltung sind, die öffentliche Verwaltung und die Ordnung in ihr noch unmittelbarer betroffen als bei privaten Veranstaltungen. Diese polizeiliche Tätigkeit zugunsten der öffentlichen Anstalten enthält also rechtlich gar keine Besonderheit gegenüber der sonstigen Tätigkeit der Polizei, nur eben, daß sie zugunsten der öffentlichen Anstalten geschieht.

Die Frage nach der Anstaltspolizei ist vielmehr gleichbedeutend mit der Frage, ob bei einer Störung des Betriebes der öffentlichen Anstalt wegen der damit unmittelbar verbundenen Störung oder Gefährdung der öffentlichen Ordnung ein erweiterter und erhöhter Schutz durch die Polizei Platz greift, als dies sonst möglich und zulässig ist. Erst diese gegenüber den allgemeinen Grenzen der Polizei erhöhte polizeiliche Schutzbefugnis zugunsten öffentlicher Anstalten bezeichnet man als Anstaltspolizei. So stellt man der Polizei im allgemeinen die „Anstaltspolizei" begrifflich als das Recht der öffentlichen Anstalten gegenüber, „ohne weiteres zwangsweise alles zu beseitigen, was den ordnungsmäßigen Betrieb der Anstalt stört."[5])

Dieses den öffentlichen Anstalten zugestandene Recht muß aber, da es ihnen eben wegen ihres öffentlich rechtlichen Charakters und der in ihnen

---

4) O. Mayer, Verw. Recht, I S. 291 u. 310.

5) O. Mayer, a. a. O. II. S. 284; Kormann, a. a. O. 1912, S. 198; List, Kormanns Einführung ./. S. 53; List, Bibliotheksrecht, S. 69; Fleiner, Institutionen, S. 330; verneinend auch Waldecker, Annalen 1915, S. 314.

verkörperten öffentlichen Interessen zukommen soll, auf eine allgemeine Rechtsgrundlage zurückzuführen sein. Eine nur einer einzelnen öffentlichen Anstalt verliehene Ermächtigung zur Anstaltspolizei würde noch nichts für ihr Vorhandensein bei anderen öffentlichen Anstalten beweisen. Im Rahmen dieser Untersuchung interessieren daher die Ermächtigungen an einzelne öffentliche Anstalten nicht, durch die ihnen kraft Gesetzes oder Verordnung eine selbständige Polizeigewalt oder einzelne Befugnisse übertragen sind.[6]) Demnach wäre begrifflich die Anstaltspolizei das auf einer allgemeinen Rechtsgrundlage beruhende Recht, alles, was in den Betrieb der Anstalt störend eingreift, nötigenfalls unter Anwendung von Zwang und Gewalt, sei es durch die eigenen oder mit Hilfe der allgemeinen Polizeiorgane, zu beseitigen.

Der Begriff der Anstaltspolizei bedarf aber noch nach einer anderen Richtung hin der Abgrenzung. „Anstaltspolizei" ist nicht die Beseitigung einer Störung des Anstaltsbetriebes, die aus dem Kreise der der Gewalt unterworfenen Personen oder dem Betriebe selbst herrührt. Alle diejenigen, die Mitglieder, Nutznießer (Destinatäre) oder Anstaltszugehörige sind, unterstehen der „Anstaltsgewalt". Diese Anstaltsgewalt sichert die Ordnung der öffentlichen Anstalt in ihrem inneren Betriebe und soll den ordnungsmäßigen Bestand gewährleisten. Ihre rechtlichen Grundlagen sind Gesetz, Verordnung, Anstaltsordnung oder Satzung (z. B. Benutzerordnung). Ihr untersteht nur ein bestimmter Personenkreis, der auf Grund eines öffentlichen Rechtsverhältnisses der Anstalt zugehört. Die Macht der Anstaltspolizei hört also auf, wo auf Grund des Anstaltsgesetzes, der Satzung oder der Anstaltsordnung ein besonderes, fest begrenztes Gewaltverhältnis, die Anstaltsgewalt, besteht.[7])

---

[6]) Z. B. Polizeigewalt der Eisenbahn auf Grund §§ 74, 75 der Eisenbahn Bau- u. Betriebs-Ordn. v. 4. Nov. 1904: die polizeilichen Befugnisse des Heeres nach Art. 68 d. Reichsverf. v. 1871 i. Vbdg. mit dem Ges. ü. d. Belagerungszustand v. 4. 6. 1851 und Art. 48 I u. II der Reichsverf. v. 1919; Verbot, marschierende Truppenteile zu durchqueren in Waldecker Pol. VO. v. 5. 10. 1926 (Reg. Bl. S. 185).

[7]) „Anstaltsgewalt ist z. B. die Befehlsgewalt innerhalb des Heeres und der Polizei; die Ordnungsstrafe und die zwangsweise erfolgende Abholung eines Buches, das der Entleiher der öffentlichen Bücherei nicht zurück gibt. Hat es der Entleiher einem Dritten weitergeliehen, so untersteht dieser mangels des besonderen Gewaltverhältnisses nicht mehr der Anstaltsgewalt, gegen ihn könnte nur die Anstaltspolizei wirksam werden. Beide Gewalten stellen sich bildlich als zwei konzentrische Kreise dar, deren innerer die Anstaltsgewalt bezeichnet.

Untersuchung über die rechtlichen Grundlagen der Anstaltspolizei.

§ 5. § 10. II. 17. ALR. und § 14 PVG.

Im Rechtsstaat, d. h. dem Staat, in dem die Trennung der Staatsgewalten durchgeführt ist und in dem insbesondere die öffentliche Verwaltung nach dem Grundsatz der Gesetzmäßigkeit geführt wird, bedürfen Eingriffe in die Interessensphäre des einzelnen, Belastungen seines Eigentums und sonstige Beschränkungen in seiner Handlungsfreiheit einer Rechtsgrundlage, auf Grund deren die öffentliche Verwaltung, und da wieder bestimmte Organe zum Einschreiten ermächtigt und berechtigt sind. Vor allem die Polizei als Hüterin von Sicherheit und Ordnung der öffentlichen Verwaltung hat sich bei der Erfüllung ihrer Aufgaben dem Einzelnen gegenüber in ganz bestimmten, rechtlich festgelegten Grenzen zu halten und darf diese nicht überschreiten, will sie nicht gewärtigen, daß ihre Anordnungen in Beschwerde- oder Klagewege aufgehoben werden. So muß auch die Anstaltspolizei, wenn man sie im Rechtsstaate als zu Recht bestehend anerkennen will, eine Grundlage im geltenden Recht haben, sie muß als eine Funktion öffentlicher Verwaltung dorthin zurückzuführen sein, und ihr Tätigwerden daher begründen lassen können.

Bei der Prüfung der Rechtsgrundlage der Anstaltspolizei ist es das Nächstliegende zu untersuchen, ob sich aus der für die Ausübung der Polizeigewalt gegebenen Ermächtigung auch die Anstaltspolizei rechtfertigen läßt. Dabei kann auch hier wieder nur eine Generalvorschrift in Betracht kommen, denn eine den Einzelfall betreffende Sondervorschrift kann niemals Grundlage einer allgemeinen Ermächtigung der Anstaltspolizei sein.

Die für das gesamte Polizeirecht grundlegende Ermächtigungsvorschrift ist der § 10 II. 17 ALR, der allmählich zum ersten und maßgeblichsten Polizeigesetz geworden ist. Durch die Rechtssprechung der Verwaltungsgerichte, insbesondere des preußischen OVG, ist diese Rechtsgrundlage polizeilichen Einschreitens fest umgrenzt worden, sodaß sie als Norm und Richtmaß für die Rechtmäßigkeit der Polizeiverordnungen und -verfügungen feststeht. Das preußische Polizeiverwaltungsgesetz vom 1. VI. 1931, § 14, hat ebenfalls die polizeilichen Aufgaben abgegrenzt. Dieses Polizeigesetz enthält aber sachlich genau das Gleiche, wie der ehemalige § 10, II. 17, ist nur in seiner Fassung erneuert[8]).

Voraussetzung für ein Tätigwerden der Polizei nach § 10, II. 17, oder § 14 PVG ist danach zunächst eine bestehende „Gefahr". Unter Gefahr versteht man einen Schaden, eine bevorstehende Verschlechterung des augenblicklichen Zustandes, die nicht allein durch den regelmäßigen Ablauf

[8]) Klausener-Kerstiens-Kempner, Kommentar z. pr. PVG, § 14 Anm. I, III. S. 107.

des Naturgeschehens oder menschlichen Zusammenlebens drohend bevorsteht[9]). Eine Gefahr liegt dann vor, wenn man mit der nahen Möglichkeit eines eintretenden Schadens nach den vorliegenden Anzeichen rechnen muß, und die Besorgnis gerechtfertigt ist, daß bei erfahrungsgemäßem Ablauf der Dinge ein Schaden, d. h. eine Verschlechterung des augenblicklichen Zustandes entsteht. Handelt es sich dagegen nur um Befürchtungen und fernliegende Vermutungen, so kann wohl die Möglichkeit einer auftretenden Gefahr gegeben sein, eine „Gefahr" selbst, die die Polizei zum Einschreiten berechtigte, liegt noch nicht vor. Dabei ist im Einzelfall immer noch zu prüfen, ob es sich um eine wirkliche Gefahr oder nur um eine Belästigung handelt. Wann das eine oder andere vorliegt, kann nur nach der Lage des einzelnen Falles beurteilt werden.

Dieser polizeiliche Schutz zur Abwendung drohender Gefahren wird aber nur dem Publikum, der Allgemeinheit, d. h. einem persönlich und zahlenmäßig nicht erfaßbaren Personenkreis und einzelnen Mitgliedern desselben in ihrer Eigenschaft als Zugehörige zu diesem sozialen Gebilde „Publikum" zuteil.

Als Gefahr, die ein polizeiliches Einschreiten rechtfertigt, gilt auch die Störung der öffentlichen Ruhe, Sicherheit und Ordnung. Hierbei ist unter „Ruhe" ein der öffentlichen Sicherheit und Ordnung entsprechendes Verhalten zu verstehen; die Erhaltung der „Sicherheit" entspricht ungefähr der Abwehr von Gefahren, während „Ordnung" den Inbegriff der Normen darstellt, deren Befolgung nach den ethischen und sozialen Anschauungen als Vorbedingung eines gedeihlichen Zusammenlebens, als Grundlage der staatlichen Gesellschaft gilt.[10]) Im Rahmen dieser Ermächtigung darf die Polizei tätig werden; überschreitet sie diese Grenze, so ist ihre Verfügung sachlich fehlerhaft.

Ebenso wie für jeden anderen darf die Polizei auch zu Gunsten der öffentlichen Anstalt eingreifen. Dann handelt es sich aber nicht um „Anstaltspolizei" im eigentlichen Sinne[11]). Unter Umständen wird allerdings die Polizei zum Schutz der öffentlichen Anstalt einschreiten können, wenn dies bei einem privaten Einzelmenschen in der gleichen Lage nicht möglich ist, und zwar, wenn es sich um eine reine Gefahrenabwehr im engsten Sinne handelt. Dieser Schutz wird nach der gesetzlichen Ermächtigung nur der Allgemeinheit oder ihren einzelnen Mitgliedern zuteil. Liegt diese Voraussetzung bei einem einzelnen nicht vor, so kann sie gleichwohl bei der öffentlichen Anstalt wegen des von ihr erfaßten größeren Personenkreises als „Allgemeinheit" oder

---

9) Vgl. Drews, Polizeirecht S. 9—11.

10) So Hatschek a. a. O. S. 125 126; Anschütz, Die Polizei; Schoen a. a. O.; Drews, a. a. O. S. 7, OVG. 6, 351.

11) Vergl. oben Begriff der Anstaltspolizei.

„Publikum“ gegeben sein. Dies ist aber eine rein tatsächliche Folge, die mit dem Rechtsbegriff der Anstaltspolizei nichts zu tun hat.

Es besteht weiter die Möglichkeit, daß bei Anstalten, die selbst vor allem der Sicherheit des Publikums, ja des Staates überhaupt dienen, z. B. das Heer und die Polizei, Störungen ihres Betriebes schon in einem einzelnen Fall eine Beunruhigung für die Gesamtheit heraufbeschwören können. Dabei ist jedoch in den meisten Fällen keineswegs mit einer so großen Wahrscheinlichkeit anzunehmen, daß darin eine „Gefahr“ für die Sicherheit der Allgemeinheit liegt, die die Anstalt aus dem Gesichtspunkt der „Gefahrenabwehr“ zur selbständigen Abwehr berechtigte[12]). In ganz einzelnen Fällen, z. B. bei organisierten Störungen, besonders in politisch bewegten und unruhigen Zeiten, kann eine solche einzelne Störung wohl eine Gefahr bedeuten, in der die Anstaltspolizei zur Anwendung gelangt. Dies wird aber nur bei den Anstalten der Fall sein, von deren ordnungsmäßigem Betrieb die Sicherheit des Publikums, der Allgemeinheit, des Staates abhängt. Das wird selten genug vorkommen, dann aber gewährt § 10. II. 17. ALR schon aus dem Gesichtspunkt der Abwehr von Gefahren für die Allgemeinheit das Recht der Anstaltspolizei. In allen anderen Fällen wird sich die Anstaltspolizei allein als Sicherheitspolizei gegen die der Allgemeinheit drohenden Gefahren auf der Grundlage von § 10. II. 17. kaum rechtfertigen lassen.

Wichtiger als die Abwehr der Gefahren im eigentlichen Sinne ist die Aufgabe der Polizei, die öffentliche Ruhe und Ordnung zu erhalten und die dieser durch Störungen drohenden Gefahren zu beseitigen. Diese Tätigkeit stellt gegenüber der Aufgabe als Sicherheitspolizei den eigentlichen Wirkungsbereich der Polizei dar. Hier könnte sich also vor allem eine Rechtsgrundlage für die Anstaltspolizei finden.

Hatschek[13]) verneint die Anstaltspolizei. Er sieht als Grundlage alles polizeilichen Handelns, soweit keine besondere Ermächtigung vorliegt, den § 10. II. 17 mit seinen für alle Fälle gleichen Voraussetzungen und Erfordernissen an. Einen Selbstschutz der öffentlichen Anstalt außerhalb von § 10. II. 17 gäbe es nicht. Das Motiv der Polizei, zugunsten öffentlicher Anstalten einzuschreiten, sei zwar ein intensiveres, weil es sich um eine Gefährdung öffentlichen Interesses handele, während sich die Polizei um Privatinteressen grundsätzlich nicht zu kümmern brauche. „Bei der öffentlichen An-

[12]) Die Verhinderung eines Polizeibeamten am Dienst, die Aufforderung zur Desertion an einen Soldaten kann gefährlich werden, bedeutet aber unter gewöhnlichen Umständen keine „Gefahr“ in dem Sinne, daß damit gerechnet werden müßte, die Polizei werde ihren Dienst nicht mehr versehen können, oder das Heer werde unzuverlässig; wegen Vorliegens einer „Gefahr“ (im eigentlichen Sinne) für die Sicherheit kann die Polizei nicht einschreiten, da die Voraussetzungen in diesem Fall nicht gegeben sind.

[13]) Verw. Recht S. 461.

stalt muß sie auf Anrufen einschreiten, dann aber kommt sie vor die Frage, ob und was sie verfügen darf, und das richtet sich nach § 10. II. 17. Dieser bleibt mit seinen Schranken Rechtsgrund des Einschreitens und Verfügens der Polizei zum Schutze öffentlicher Anstalten ebenso wie sonst, wo die gute Ordnung, Sicherheit und Ruhe der staatlichen Gesellschaft gefährdet wird." Hatschek verneint damit nicht nur jegliche Rechtsbegründung der Anstaltspolizei außerhalb von § 10. II. 17, sondern auch innerhalb von § 10. II. 17, indem er eine Möglichkeit, nach dieser Vorschrift zugunsten öffentlicher Anstalten eher einzuschreiten als sonst, rechtlich als nicht gegeben ansieht. Der gleichen Ansicht ist Waldecker[14]). Jellinek[15]) geht bei der Entscheidung dieser Frage von der Beschränkung der Polizeiaufgaben auf die Erhaltung öffentlicher Sicherheit und Ordnung aus unter Ausschluß jeglicher Wohlfahrtsaufgaben. Soweit also öffentliche Anstalten irgendwelche Wohlfahrtsaufgaben zum Gegenstand ihres Betriebes haben, könne die Polizei zu ihren Gunsten nicht einschreiten, weil es nicht im Kreise ihrer polizeilichen Aufgaben liege. Aber auch nicht zugunsten jeder Anstalt, deren Betrieb der Erhaltung öffentlicher Ordnung dient, vermöge die Polizei tätig zu werden, sondern nur soweit sie ein unmittelbares Gegengewicht gegen die Störungen öffentlicher Ordnung bilde. Die Anstaltspolizei sei nur „Polizei des Gegenmittels", sie dürfe daher kein anderes Ziel erstreben als die Erreichung des Nullpunktes zwischen Vorteil und Nachteil. Jeglicher Vorteil für die Anstalt sei dabei unzulässig. „Nur soweit der einzelne Schutz genießt, genießt ihn auch die Anstalt." Grundsätzlich verwirft also auch Jellinek die Berechtigung der Anstaltspolizei nach § 10. II. 17, sofern nicht der Betrieb der Anstalt unmittelbar selbst gegen die Störung der öffentlichen Ordnung gerichtet ist und seine Störung eine Störung dieser Ordnung zur Folge hätte. So steht nach seiner Ansicht nur der Polizei selbst das Recht der Anstaltspolizei zu, wenn sie in ihrem Betriebe gestört wird.

Diese Verneinung der Anstaltspolizei auf der Grundlage von § 10. II. 17 ist, darauf hat Hoffmann[16]) mit Recht hingewiesen, eine Folge davon, daß man die in der Polizeiermächtigung enthaltene Aufgabe der Polizei, die „öffentliche Ordnung" zu schützen, gegenüber der Sicherheitsaufgabe der Polizei zurückgestellt und unterschätzt hat. Diese öffentliche Ordnung offenbart sich einmal in der öffentlichen Verwaltung und ihrem ungestörten Betriebe, darüber hinaus aber auch in dem Betriebe der öffentlichen Anstalten, in dem sich ja auch die öffentliche Verwaltung widerspiegelt und der einen Teil

---

14) Annalen 1915, S. 316.

15) Gesetz, Gesetzanwendung.... S. 278 ff, Verw. Recht S. 420.

16) Begriff, Wesen und Bedeutung der Anstaltspolizei nach preußischem Recht. Rostocker Dissertation 1923.

der öffentlichen Ordnung darstellt. Von dieser Grundlage aus gelangt Hoffmann zu dem Schluß, daß die Polizei bei der Störung des Anstaltsbetriebes zur Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung einschreiten muß. Er erkennt damit die Anstaltspolizei nicht nur, wie vielleicht auch Jellinek, in den Fällen an, wo der Betrieb einer Anstalt gestört wird, die unmittelbar der Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung dient, sondern auch bei allen anderen öffentlichen Anstalten, sogar bei denen, deren Betrieb als Tätigkeit auf dem Gebiet der Wohlfahrt angesehen werden muß.

Es ist eben für die Frage entscheidend, was man unter „öffentlicher Ordnung" versteht. Jellinek, Waldecker und Hatschek fassen dabei den Begriff der öffentlichen Ordnung so eng, daß er im wesentlichen eine polizeiliche Tätigkeit nur zur Abwendung von Gefahren im Sinne der reinen Sicherheitspolizei zuläßt. Das geht besonders deutlich aus Jellineks Ausführungen hervor, wenn er polizeiliches Einschreiten nur zugunsten von Anstalten für berechtigt hält, die das unmittelbare Gegengewicht gegen Verrohung und sittliche Verwahrlosung bilden und der Verhütung von Verbrechen dienen; aber selbst hier nur dann, wenn eine Störung solcher Anstalt diese Folge unmittelbar nach sich ziehen würde. Gegenüber diesem engen Sicherheits-Polizeibegriff betont Hoffmann mit Recht den polizeilichen Zweckgedanken, der auch rechtlich berücksichtigt werden müsse. Polizeiliche Aufgabe sei es, die gute Ordnung des Gemeinwesens zu erhalten. Zur Aufrechterhaltung der guten Ordnung ist aber weit mehr erforderlich als die Abwehr von Gefahren und die Erhaltung der Sicherheit.

Ordnung im Sinne von § 10. II. 17 ist, wie oben dargelegt wurde, der Inbegriff von Normen, die ein gedeihliches Zusammenleben aller mit allen gewährleisten, sie ist der Niederschlag der allgemeinen Meinung der Gesellschaft über das, was ihrem guten Zustande entspricht. Diesen guten Zustand zu erhalten, ist Hauptaufgabe der Polizei.

Mit Recht wenden sich die Gegner der Anstaltspolizei dagegen, daß man die im § 10. II. 17 und § 14 PVG enthaltene feste Umgrenzung polizeilicher Befugnisse auf dem Umwege über die öffentlichen Anstalten umgehen und dieser eine polizeistaatlich anmutende Allmacht verleihen will, wodurch die erstgeschaffenen Grenzen sinnlos würden. Es ist richtig, nach § 10, II. 17 und § 14 PVG kann eben die Polizei nur unter diesen ganz bestimmten Voraussetzungen zur Wahrung der Ordnung einschreiten, und dieses Einschreiten darf die festgezogenen Grenzen nicht überschreiten, widrigenfalls eine Tätigkeit im Sinne der allgemeinen Wohlfahrt vorliegt, wozu die Polizei aber mangels besonderer Ermächtigung nicht berechtigt ist.

Im Zusammenleben aller mit allen ergeben sich aber für den einzelnen soviel Schranken, er muß soviel Rücksichten nehmen, daß seine Freiheit erheblich eingeschränkt wird. Er muß sich an alle Vorschriften halten,

sich alle Beschränkungen gefallen lassen, die ihm die Polizei zur Erhaltung eines geordneten Zustandes und darüber hinaus als Gegenmittel gegen „Verwahrlosung und sittliche Verrohung" auferlegt. Insoweit stellt diese „öffentliche Ordnung" das Mindestmaß dessen dar, was jeder an Wohlverhalten zu leisten hat, sie entspricht dem Knigge der Menschen ohne gute Kinderstube, wie es Hatschek[17]) ausdrückt.

Der Staat, das Gemeinwesen, kann sich auf die Aufrechterhaltung dieses Mindestbestandes an öffentlicher Ordnung nicht beschränken, seine Aufgaben greifen weiter. Wollte er sich allein auf das Negative, die Abwehr von Störungen dieser Ordnung beschränken, so würde er als Staat bald auf der Höhe eines Eingeborenenstaates angelangt sein. Der Staat hat neben vielen anderen auch die Aufgabe, kulturfördernd auf allen Gebieten vorwärts zu streben. Und alle Tätigkeit des Staates, die er in dieser Hinsicht entfaltet, gehört, da sie zur Erfüllung der Staatsaufgaben unerläßlich ist, zur öffentlichen Ordnung als Inbegriff des geregelten öffentlichen Lebens überhaupt. Bei der Erfüllung dieser umfassenden vielseitigen Aufgaben bedarf der Staat der öffentlichen Anstalten und muß im Interesse der Durchführung dieser Aufgaben auf die Erhaltung ihres ordnungsmäßen Betriebes bedacht sein. Dieser Betrieb ist also Bestandteil der öffentlichen Ordnung, und die Durchführung dieses Betriebes in der öffentlichen Anstalt wird manchmal von dem Publikum und seinen Mitgliedern eine erhöhte Rücksichtnahme erfordern. Wenn diese Rücksicht nicht genommen wird, dann liegt eben infolge der Störung des Anstaltsbetriebes eine Störung der öffentlichen Ordnung vor, selbst wenn das im vorliegenden Falle „störende Verhalten" bei Fehlen einer öffentlichen Anstalt nicht als eine Störung der öffentlichen Ordnung angesehen werden könnte[18]).

Wenn also im Betriebe der öffentlichen Anstalt die öffentliche Ordnung gestört ist, dann hat die Polizei die Aufgabe, diese Störung zu beseitigen. Nicht Aufgabe der Polizei ist es, von sich aus kulturfördernd zu wirken, wohl aber den Staat in seinem ordnungsmäßigen Zustand als Kulturschützer und -träger zu erhalten. Also jede öffentliche Anstalt genießt schon nach § 10. II. 17. den Schutz der Polizei; wenn sie der Aufrechterhaltung eines geordneten Gemeinzustandes, der Aufrechterhaltung der staatlichen Ordnung dient.

Eine bestimmte Feststellung, welche Anstalten nach § 10. II. 17 und § 14 PVG den polizeilichen Schutz genießen, läßt sich allerdings nicht treffen,

---

[17]) Verw. Recht S. 116.

[18]) Z. B. die Störung des Unterrichts oder der Gerichtsverhandlung durch Ausrufen auf der Straße. Vgl. O. Mayer, Verw. Recht I S. 292.

es muß, wie in allen anderen Fällen, die Möglichkeit polizeilichen Einschreitens nach der Lage des einzelnen Falles beurteilt werden. Allgemein zur Erhaltung der öffentlichen Ordnung gehört, ohne Wohlfahrtseinrichtung zu sein, das ist im Gegensatz zu Jellinek und Waldecker ausdrücklich festzustellen, die Aufrechterhaltung eines ordnungsmäßigen und störungsfreien Betriebes, z. B. der Schulen und der Gerichtsbehörden. Auch die höheren Schulen und Universitäten sind hier einzubeziehen, wenn sie auch nicht in erster Linie gegen Verwahrlosung und sittlichen Niedergang, wie die Volksschule gerichtet sind. Der heutige Staat und das Gemeinschaftsleben ist in der Erfüllung seiner Aufgaben, ja selbst nur bei der Abwehr von Gefahren nicht allein von Volksschülern zu leiten und zu meistern. Die Bereitstellung von Ausbildungsmitteln und -möglichkeiten über den Rahmen der Volksschule hinaus ist für den Staat und die Erhaltung seiner Ordnung eine ebensolche Lebensnotwendigkeit, nicht Wohlfahrt[19]), wie die Durchführung einer ordentlichen Justiz, die der Erhaltung der Rechtsordnung dient. Mit dem Fortschreiten der Kultur und der Zivilisation gehört eben vieles zu den Begriff der polizeilich zu hütenden Ordnung, was früher noch als Wohlfahrt erschienen wäre. Und eine Unterlassung der Staatstätigkeit auf diesen Kulturgebieten, sowie ein Versagen des polizeilichen Schutzes für den Betrieb dieser Anstalten würde ein Versagen der staatlichen Ordnung bedeuten und den Staat in seiner Bedeutung als Kulturstaat herabsinken lassen.

Es kann aber auch nicht geleugnet werden, daß einige öffentliche Anstalten reine Wohlfahrtsanstalten sind, d. h. über die Gewährleistung und Erhaltung der bestehenden staatlichen und kulturellen Ordnung hinausgehen. Ihnen kann nach § 10. II. 17 und § 14 PVG ein besonderer Rechtsschutz, eine Anstaltspolizei, nicht zugestanden werden. Ihr Betrieb ist zwar auch ein Bestandteil der öffentlichen Tätigkeit, jedoch nicht der „polizeilichen Ordnung“, die nach § 10. II. 17 und § 14 PVG beschützt wird. Werden in einer öffentlichen Anstalt Zwecke erstrebt, die ausschließlich der Verbesserung der Lebensbedingungen, Förderung der Kunst u. a., kurz gesagt, der Hebung der Wohlfahrt in irgend einer Form dienen, so übersteigt das den Rahmen der von der Polizei zu schützenden öffentlichen Ordnung, auch wenn der Betrieb der Anstalt zur öffentlichen Ordnung im weiteren Sinne zu rechnen ist. Nur wenn das Fehlen der öffentlichen Anstalten dieser Art

---

19) Vergl. Jellinek, Gesetz, Gesetzanwendg. S. 278: „Zweiffellos Wohlfahrtseinrichtungen sind die Mittelschulen und Hochschulen. Es ist das etwas, was über den Durchschnitt herausragt, zu ihren Gunsten gibt es daher ein polizeiliches Einschreiten sicher nicht“. Gewiß besteht bei ihrer Störung eine „Gefahr“ als solche für den Staat nicht, seine Sicherheit ist nicht bedroht, wohl aber seine gute Ordnung, denn „Ordnung“ bedeutet eben den guten Zustand des Staates in jeder Hinsicht, auch was seine Kultur angeht.

überhaupt als eine Störung der öffentlichen Ordnung, d. h. als ein Mangel an Erfüllung der Aufgaben, die der Staat als Kulturstaat zu verfolgen hat, anzusehen wäre, ist auch die Störung des Anstaltsbetriebes einer dieser Anstalten als eine Störung der öffentlichen Ordnung nach § 10. II. 17 und § 14 PVG polizeilich zu beseitigen. Insoweit gewähren also diese Paragraphen eine „Anstaltspolizei".[20]) Liegen diese Voraussetzungen nicht vor, die die Polizeibehörde oder das Gericht bei seiner Entscheidung prüfen muß, so besteht auch keine Anstaltspolizei, es bedarf zum Einschreiten der Polizei über die allgemeine Ermächtigung des § 10. II. 17 und § 14 PVG einer besonderen Ermächtigung, entweder gesetzlicher oder anderer rechtlicher Grundlage. Nach § 10. II. 17 und § 14 PVG ist sie dann jedenfalls rechtlich nicht begründet.[21])

Kann die Polizei aber zugunsten der öffentlichen Anstalt auf dieser Grundlage einschreiten, so richtet sich, da sie sich auf diese Ermächtigung stützt, der Umfang ihres Einschreitens, die Polizeipflichtigkeit der Person, die Wahl des Mittels und anderes vollkommen nach diesen gesetzlichen Vorschriften.

[20]) Diesem Standpunkt entspricht die Entscheidung des pr. OVG. vom 10. 6. 1898 (Reger 19, 287): Die Zurückbehaltung von Schulheften ausgeschiedener Schüler ist gerechtfertigt, da die Schule „zur Verhütung eines ihren unterrichtlichen und erzieherischen Aufgaben zuwiderlaufenden Mißbrauchs von Heften für wohlbefugt erachtet werden" muß. In der Entscheidung wird weiter betont, daß es sich um eine „im Schulinteresse getroffene Maßnahme" handelt. Auch eine Entscheidung des sächs. OVG. im Jahrbuch Bd. 17, S. 34, nennt das „Schutzbedürfnis staatlicher Schulen", wenn auch nur neben der Möglichkeit der Täuschung des Publikums. Das sächs. OVG. (Fischers Z. Bd. 38, S. 265 ff) läßt ferner eine Verkehrsordnung unbeanstandet, die ungebührliches Verhalten gegen Schutzleute unter Strafe stellt. Biermann (Privatrecht und Polizei in Preußen S. 109) erkennt das Postmonopol als Teil öffentlicher Ordnung an, zu dessen Aufrechterhaltung die Polizei einschreiten darf. In Reger 28, 307 wird das Tragen einer Uniform verboten, weil sie zur mißbräuchlichen Anmaßung eines Amtes dienen kann. Gerland (PVBl. 21, S. 545 ff) hält die Polizei zum Einschreiten gegen den Verkehr mit Gefangenen außerhalb für zuständig, da dies zur Gefangenenbefreiung und Gefährdung der Voruntersuchung führen kann.

Sonst hat sich die Praxis vielfach auf einen anderen Standpunkt gestellt. (Vergl. Jellinek Gesetz, Gesetzanwendg. S. 278 ff, Anm. 49/50). Doch geht nach den obigen Darlegungen z. B. die Entscheidung in DJZ 1912, Spalte 757 fehl, wenn sie eine Polizeiverordnung zugunsten des Schulbesuches für ungültig erklärt.

Wie weit sich die von Jellinek weiter angeführten Entscheidungen nicht nur auf Grund der Anstaltspolizei, sondern auch vom Standpunkt der Schutzbedürftigkeit des Publikums rechtfertigen lassen, ist gleichgültig. Jedenfalls sind sie als Anerkennung der Anstaltspolizei zu werten.

[21]) So muß auch stets eine „Störung" vorliegen, eine bloße „Belästigung" genügt auch hier nicht zum Einschreiten.

§ 6. Staatsnotrecht.

Die Wissenschaft, die den Rechtsbegriff der Anstaltspolizei geprägt hat, hat sie zumeist mit dem Staatsnotrecht begründet. Dieses Staatsnotrecht sollte sich als ein Selbsthilferecht der öffentlichen Verwaltung, ihrer Organe und Anstalten darstellen, das sowohl im Falle der Notwehr als auch im Falle des Notstandes gegeben sei. Kormann[22]) erklärt diese verwaltungsrechtlichen Notrechte folgendermaßen: sie könnten sich entweder gegen Personen oder Sachen richten, also auf Beschränkung der Freiheit der Person oder des Eigentums. Richteten sie sich gegen Personen, so liege ein der bürgerlichrechtlichen Notwehr entsprechender Fall vor, richteten sie sich gegen eine drohende Sache, so entsprächen sie dem Notstand; wären sie gegen unbeteiligte Personen oder Sachen gerichtet, so sei ein der zivilrechtlichen Nothilfe entsprechender Fall gegeben. Die für das Zivilrecht wichtige Unterscheidung zwischen Notwehr und Notstand habe jedoch im Verwaltungsrecht keine Bedeutung, sodaß man beide Fälle dieser sich nicht auf ein rein passives Verhältnis beschränkenden Selbstverteidigung als „Verwaltungsrechtliche Notwehr" bezeichnen könne, der die verwaltungsrechtliche Nothilfe gegenüberstehe. Den ersten Fall der verwaltungsrechtlichen Notwehr bilde die Anstaltspolizei. Die verwaltungsrechtliche Notwehr komme zur Anwendung in all den Fällen und unter den gleichen Voraussetzungen, unter denen ein Fall strafrechtlicher Notwehr oder Notstandes gegeben sei. Darüber hinaus gebe es aber noch eine verwaltungsrechtliche Notwehr kraft Anstaltspolizei, die nicht an die Voraussetzungen der strafrechtlichen Notwehr gebunden, sondern ohne gesetzliche Grundlage zulässig sei.

Die gleiche Lehre von der verwaltungsrechtlichen Notwehr findet sich bei Otto Mayer[23]), List-Kormann[24]) und, wenn auch im einzelnen nicht so scharf umrissen, als Selbstschutzrecht des Staates in seiner öffentlichen Verwaltung bei List[25]). Als verwaltungsrechtliches Seitenstück zu den strafrechtlichen Zuständen der Notwehr und des Notstandes erkennt auch Fleiner[26]) den Verwaltungsbehörden in Notlagen das Recht zu, durch Entfaltung sofortigen Zwanges für den ungestörten Betrieb ihrer eigenen Tätigkeit zu sorgen.

Hier wird also die Anstaltspolizei als Selbsthilfe- und Notwehrrecht der öffentlichen Verwaltung rechtlich anerkannt. Die Notwehrlage selbst wieder als Voraussetzung des Notwehraktes wird über die Voraussetzungen straf-

---

22) Annalen 1912, S. 198, 199.
23) Verw. Recht, Bd. I, S. 291 ff, 310.
24) Kormanns Einführung ... S. 53/54.
25) Bibliotheksrecht S. 69/70.
26) Institutionen S. 225/226.

rechtlicher Notwehr hinaus dann als vorliegend erachtet, wenn irgendein Umstand vorliegt, der den ordnungsmäßigen Betrieb der öffentlichen Verwaltung und der öffentlichen Anstalt hindert, beeinträchtigt und stört. Auch Jellinek, der einen „über das Maß des Gewöhnlichen hinausgehenden Schutz einer öffentlichen Anstalt", und damit die Anstaltspolizei ablehnt[27]), erkennt ein Notwehrrecht der Verwaltung, allerdings nur unter den allgemeinen Voraussetzungen der strafrechtlichen Notwehr an[28]). Er faßt aber diese Voraussetzungen zugunsten der öffentlichen Verwaltung so weit, daß praktisch doch die Anerkennung der Anstaltspolizei, zumindest einzelner Fälle, dabei herauskommt. Wenn er sagt, rechtswidrig sei jeder Angriff, den die Verwaltung nicht zu dulden brauche, und Personen, Sachen, die ungestörte Tätigkeit der Verwaltung selbst, den Staat als Träger der Rechtsordnung und die öffentliche Ordnung überhaupt mit dem Rechte des Schutzes durch Notwehr ausstattet, so kommt das der von den anderen Schriftstellern behaupteten Anstaltspolizei sehr nahe, in vielen Fällen sogar gleich. Das Abwehr- oder Selbsthilferecht, welches Jellinek der öffentlichen Verwaltung gibt, wenn durch Lärmen auf der Straße die Verhandlung gestört wird, wenn ein Passant eine Militärabteilung durchqueren will, wenn ein Mitglied der Prüfungskommission die Prüfungsakten oder der Benutzer der Seminarbücherei ein Buch verbotswidrig mit nach Hause genommen hat, usw., läßt sich nicht mit einem rechtswidrigen Angriff im Sinne von § 53 StGB auf eine Linie stellen und ist auch kein solcher Angriff. Wenn ich auf der Straße ausrufe, lärme, und damit soundso viele Personen störe, so ist das noch lange kein rechtswidriger Angriff, und man kann gegen mich nicht vorgehen, solange ich nicht gegen eine Polizeiverordnung oder sonstige Vorschriften verstoße, die dann eine Handhabe gegen mich geben. Ebensowenig führe ich einen rechtswidrigen Angriff aus und gebe damit Anlaß zur Notwehr, wenn ich mich durch die Reihen eines marschierenden Kegelklubs dränge, ohne jemand zu treten oder zu stoßen, oder wenn ich mich weigere, das ohne den Willen des Freundes mitgenommene Buch wieder herauszugeben. Wenn trotzdem die öffentliche Verwaltung in solchen Fällen einschreiten darf, dann liegt das eben daran, daß die öffentliche Ordnung in dem Betrieb dieser öffentlichen Anstalt gestört ist; daraus folgt aber, daß die öffentliche Verwaltung auch nach Jellineks Ansicht ein Abwehrrecht und eine Befugnis zur Selbsthilfe haben muß, wenn die Voraussetzungen der Notwehr, oder, des Notstandes im strafrechtlichen Sinne nicht gegeben sind. Dieses Schutzrecht muß ihm dann eben zukommen, weil es sich um öffentliche Veranstaltungen handelt, und es kommt auch dann zur Anwendung, wenn es einem Privaten

---

27) **Verw. Recht** S. 419.

28) **Verw. Recht** S. 229/230.

in dem selben Falle nicht zustände. Das ist aber die von Kormann und den anderen behauptete Anstaltspolizei, die sich auf das spezifisch verwaltungsrechtliche Notrecht stützt.[29] Man muß daher wohl Jellinek auch gegen seinen Willen zu den Schriftstellern rechnen, die die Anstaltspolizei auf Grund des verwaltungsrechtlichen Notrechtes anerkennen. Gegen dieses der öffentlichen Anstalt zuerkannte Notwehrrecht als Verwaltungs- oder Staatsnotrecht haben sich vor allem Waldecker, Anschütz, Wolzendorff und Hatschek gewandt. Auch Waldecker erkennt natürlich ein Selbstverteidigungsrecht der öffentlichen Anstalten gegenüber jedem rechtswidrigen Angriff an[30]), leugnet aber das Rechtliche der Notwehr in Fällen, wie den oben genannten Beispielen. Es sei die Interessenwahrung der Sachwalter, Anstaltsgewalt oder aber die rein tatsächliche mechanische Selbsthilfe, die der Betrieb der Anstalt mit sich brächte: wer nicht aus dem Wege gehe, werde zurückgestoßen oder überfahren. Weiter gehe die Wahrung der Interessen nicht, die Gefahr einer erneuten Störung gebe kein Recht, kraft Anstaltspolizei einzugreifen. Die Selbstverteidigung finde ihre Grenzen an der allgemeinen Rechtsordnung. Diese Rechtsordnung binde auch den Staat. Ein Selbstverteidigungsrecht des Staates, aus dem die Anstaltspolizei folgen solle, bestehe juristisch nicht. Der Staat müsse sehen, wie er mit den einmal gegebenen Gesetzen auskomme. Das behauptete Staatsnotrecht finde keine Stütze im Gesetz und stehe so außerhalb der Rechtsordnung. Der Staat habe aber nur Raum für solche Gewalten, die er selbst anerkenne.[31]) Mit der gleichen Begründung, daß das Staatsnotrecht nicht geregelt sei und somit im Rechtsstaat nicht anerkannt werden könne, lehnt auch Anschütz[32]) das verwaltungsrechtliche Notrecht, die Anstaltspolizei, ab. Dieselbe Ansicht vertreten Wolzendorff[33]), Schultzenstein[34]), Hatschek[35]) und andere[36]).

Es ist richtig, daß die bloße Zweckmäßigkeit des verwaltungsrechtlichen Notrechtes oder seine mehr oder weniger häufige tatsächliche Anwendung durch die Verwaltungsbehörden — sofern sich nicht daraus wieder besondere Rechtsfolgen ergeben — nicht genügt, seine Rechtmäßigkeit und damit seine Rechtsnatur im Rechtsstaat begründen können.

---

[29]) Hierbei ist zu bemerken, daß es sich in einigen von Jellinek angeführten Beispielen nicht um Anstaltspolizei, sondern um Anstaltsgewalt handelt.
[30]) Annalen 1915, S. 314 ff.
[31]) A. a. O. S. 326/327.
[32]) VArch Bd. 14, S. 329; VArch Bd. 5, S. 22/23; Preuß. Verf. Urk. I, S. 142.
[33]) ArchÖffR Bd. 27, S. 244.
[34]) VArch Bd. 16, S. 139.
[35]) Verw. R. S. 273.
[36]) Schütte, Das Notrecht (Köln. Diss. 1925) S. 96 f. Zbikowski, Staatsnotrecht (Königsbg. Diss. 1926,) S. 53 ff; G. Jellinek, Allg. Staatslehre, S. 359.

Gesetzlich anerkannt ist das Notrecht (Notwehr und Notstand) im Zivil- und Strafrecht (§§ 227—231, 859, 904 BGB, §§ 53, 54 StGB). Hiernach kann der einzelne unter ganz bestimmten, festgelegten Voraussetzungen zur Selbsthilfe und Selbstabwehr schreiten, was ihm in der Regel verboten ist, sodaß seine Handlungen, die sonst rechtswidrig wären, nun unter diesen bestimmten Voraussetzungen rechtmäßig sind.

Es liegt nahe, von diesen Fällen des straf- und zivilrechtlichen Notrechtes aus eine Parallele im Verwaltungsrecht zu ziehen und diesen Bestimmungen entsprechend ein allgemeines verwaltungsrechtliches Notrecht anzuerkennen, auf Grund dessen die Verwaltung Angriffe, d. h. Störungen ihres orgnungsmäßigen Betriebes beseitigen könne, auch wenn sonst das Gesetz dazu keine Handhabe gibt. Gegen ein solches Verfahren hat sich vor allem Anschütz[37]) mit Recht gewandt. Eine entsprechende Anwendung ist nur möglich bei wesensgleichen Tatbeständen. Das Notrecht des Zivil- und Strafrechtes regelt ganz bestimmte Tatbestände und ist allein auf sie zugeschnitten. Eine Ausdehnung dieses Gedankens auf andere Fälle, ja sogar auf ganz anders geartete Rechtsgebiete ist allgemein nicht möglich. Es würde auch den Gedanken des Rechtsstaates widersprechen, wollte man die Möglichkeit neuer Eingriffe in Freiheit und Eigentum des einzelnen, denn darum würde es sich ja doch schließlich handeln, allein mit einer Analogie zu einer Vorschrift aus einem anderen Rechtsgebiet rechtfertigen. Trotzdem hält z. B. Jellinek[38]) in einzelnen Fällen eine entsprechende Anwendung bürgerlich-rechtlicher Vorschriften im Verwaltungsrecht für zulässig. Das mag angehen, wenn es sich, wie in dem Beispiel von Jellinek, um eine allgemeine Bestimmung (§§ 618 BGB) handelt. Wenn es sich aber, wie in dem hier zur Erörterung stehenden Fall, um ein Recht handelt, das selbst schon im BGB und Strafrecht als Ausnahmerecht gestaltet ist, so würde man gegen einen ganz allgemein gültigen Rechtsgrundsatz verstoßen, wollte man Analogien zu Ausnahmevorschriften schaffen. Der Sinn der Ausnahmevorschrift ist eben, daß sie für den einzelnen Fall gilt, darüber hinaus aber nicht. Eine entsprechende Übernahme der bürgerlich- und strafrechtlichen Notrechtsvorschriften in das Vergaltungsrecht kommt also nicht in Betracht. Ebenso wenig können diese Vorschriften direkt, nicht nur entsprechend, ins Verwaltungs- oder Staatsrecht übernommen und dort angewendet werden. Wenn natürlich die Voraussetzungen des Notrechtes bei dem einzelnen Beamten oder Organ gegeben sind, dann kann er davon Gebrauch machen, aber nicht, weil die Vorschriften im Verwaltungsrecht Anwendung fänden, sondern weil sich bei ihm der Tatbestand des bürgerlich- oder strafrechtli-

---

37) **VArch** Bd. 14, S. 329/330.
38) **Verw. Recht** S. 144 ff.

chen Notrechts erfüllt hat. Er handelt rechtmäßig auf Grund bürgerlich oder strafrechtlichen Notrechtes, wie jeder andere in derselben Lage ohne Rücksicht auf seine Eigenschaft als Organ oder Vertreter einer Verwaltungsbehörde. Die Entscheidung des Reichsgerichts (RGZ 117, 138; JW 1927, 1991), die ein staatliches Notrecht mit § 227 BGB begründet, geht daher fehl und ist in ihrer Begründung abzulehnen. Die §§ 227 BGB und 53 StGB haben keinerlei polizeilichen Rechtsgehalt, sondern befassen sich lediglich mit dem Verhältnis von Privaten untereinander. Eine polizeiliche Maßnahme liegt auf einem anderen Gebiet, als ein Notwehrakt eines Privaten gegenüber einem Angriff. Man kann daher die Rechtsgrundlage des Handelns aus dem einen Rechtsgebiet nicht ohne weiteres in ein anderes Gebiet übernehmen, da die Grundsätze in beiden Gebieten verschieden sind[39]. Jede Gesetzesnorm gilt zunächst immer nur in dem Rechtsgebiet, dessen Verhältnisse sie regelt. Eine darüber hinausgehende Rechtswirksamkeit kann ihr nur sofern es sich nicht um eine Vorschrift ganz allgemeiner Art handelt, kraft ausdrücklicher Bestimmung zukommen. Fehlt eine solche, so muß es bei ihrem beschränkten Geltungsgebiete bleiben. So läßt sich auch die Anstaltspolizei nicht mit dem Notrecht des BGB oder des Strafrechts begründen, da sich ein verwaltungsrechtliches Notrecht allein auf Grund des Bestehens eines Notrechtes in anderen Rechtsgebieten nicht rechtfertigen läßt, und für die Übernahme und die unmittelbare Anwendung in seinem Gebiete kein Grund ersichtlich ist.

Damit ist selbstverständlich nichts darüber gesagt, ob nicht in der im bürgerlichen und Strafrecht festgelegten Regelung des Notrechtes ein so allgemein-rechtlicher Gedanke enthalten ist, der nur gerade dort Ausdruck gefunden hat, daß er auch von sich aus, nicht über den Umweg der entsprechenden oder der direkten Anwendung a n d e r e r Vorschriften im Verwaltungsrecht Gültigkeit hat; und ob nicht der Gedanke Kormanns[40]) richtig ist, daß die verwaltungsrechtliche Nothilfe schon aus der Erwägung herzuleiten sei, daß dasjenige, was schon dem Privatmann in seinem Privatinteresse gegenüber dem Eigentümer einer Sache erlaubt sei, erst recht der staatlichen Verwaltung im öffentlichen Interesse möglich sein müsse.

Der Gedanke des Notrechts ist dem Staats- und Verwaltungsrecht nicht fremd, es bedarf aber der näheren Untersuchung, ob dieser Gedanke auch rechtliche Gestalt gewonnen und sich zu einem geltenden Rechtssatz durchgerungen hat.

In früheren Zeiten war die Möglichkeit eines Einschreitens der Verwaltungsbehörde bei Vorliegen einer Notlage rechtlich anerkannt. Die Not

---

39) Vergl. Furler, Das polizeiliche Notrecht und die Entschädigungspflicht des Staates (Heidelbg. Diss. 1928) § 6, S. 352 u. 353.
40) Annalen 1912, S. 200, 201.

gab die Rechtsgrundlage, verlieh dem Staat, der seine Zwecke durchsetzen wollte oder mußte, eine weitergehende Ermächtigung, als ihm sonst in seiner Verwaltung zustand. Dieses Staatsnotrecht war die letzte und höchste Auswirkung staatlichen Hoheitsrechtes, das „ius eminens" als Ausfluß staatlicher Gewalt, „potestas", „imperium" oder „dominium eminens". Hier setzte sich der Staat auf Kosten des einzelnen durch. In diesen Fällen, in denen sich Privat- und Verwaltungsinteressen gegenüberstanden, überwog der Staat auf Grund des ihm innewohnenden „Mehrwertes"; der einzelne mit seinen Rechten und Interessen mußte hinter der staatlichen Machtvollkommenheit zurücktreten, die sich auf seinem Rücken durchsetzte. Zur Zeit des Absolutismus, der polizeistaatlichen Verwaltung wurde dieses zunächst nur für Notfälle zugestandene Recht allgemeiner Rechtsgrundsatz, denn der Staat brauche sich zur Begründung seiner Verwaltungs- und Polizeimaßnahmen nicht erst auf ein Notrecht zu berufen, sondern tat, was ihm zur Erreichung seiner Ziele zweckmäßig erschien. Dann kam im 19. Jahrhundert der Gedanke des Rechtsstaates zum Durchbruch und mit ihm der Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung. Die Anschauung vom Staat als „Anstalt" oder „Überperson", wie sie vor allem Otto Mayer[41]) bis in die neuste Zeit vertreten hatte, die Herrscher- und Machttheorie mit der Annahme eines qualitativen Mehrwertes des Staates gegenüber dem einzelnen Bürger wurde verdrängt durch die Idee des Rechtsstaates, in dem Recht und Staat zwei einander bedingende und ergänzende Lebensmächte darstellen und nicht die eine die andere beherrscht[42]). Schon die Bezeichnung so sagt C. Schmitt, daß der Staat das Recht als ein vor ihm geltendes Prinzip für sich maßgebend sein läßt und sich dem Recht, das er zwar selbst als Norm aufstellt, das er aber als Recht anerkennt, unterwirft[43]).

„Recht" in diesem Sinne, insbesondere in dem Verhältnis des Staates zu seinen Gewaltunterworfenen, ist nach Meinung der Leugner eines Staatsnotrechtes[44]) aber nur, was seinen Ausdruck in bestehenden Gesetzen gefunden hat; denn das wesentlichste Stück des Rechtsstaats bilde der Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung.

Es läßt sich zwar nicht bestreiten, daß die geschichtliche Entwicklung und besonders die Abkehr von der polizeistaatlichen Verwaltung, die keine bindende Verwaltungsgesetze kannte, unbedingt für diese Auffassung spricht und daß dieser Grundsatz das A und O rechtsstaatlicher Verwaltung bildet. Man sollte aber ebensowenig bestreiten, daß es auch im Rechtsstaat noch

---

[41]) Staatsrechtl. Abh. i. d. Festschrift f. Laband 1908, Bd. I.
[42]) Waldecker a. a. O. S. 333—335; vgl. jedoch Min.-Rat Häntzschel in JW 1927, 1991. Anm.
[43]) C. Schmitt, Der Wert des Staates . . . S. 50.
[44]) insbes. Waldecker, a. a. O. S. 336.

„Recht" außerhalb der geschriebenen Gesetze gibt Der ablehnende Standpunkt, besonders von Waldecker, erscheint demgegenüber sehr eng und reichlich formal und darf wohl als überholt bezeichnet werden. Wollte man starr auf dem von Waldecker behaupteten Standpunkt bestehen, so müßte man folgerichtig dann auch einem großen Teil der gesamten Polizeitätigkeit des 19. und des ersten Teiles des zwanzigsten Jahrhunderts die Gesetzmäßigkeit und damit im Rechtsstaat die Rechtmäßigkeit absprechen. Denn ein Polizeigesetz, auf Grund dessen die Polizei tätig werden konnte, gab es nicht. Sie handelte im Rahmen einer dazu noch polizeistaatlichen Begriffsbestimmung des § 10.II. 17, der, wenn er überhaupt eine Rechtsgrundlage hätte darstellen können, nach Waldeckers Grundsätzen durch Gesetz dazu hätte gemacht werden müssen, zumindest indem er zum Inhalt eines anderen Gesetzes geworden und so in das geltende Recht übernommen wäre. Nichts davon ist geschehen. Das maßgebliche preußische Gesetz über die Polizeiverwaltung vom 11. März 1850 erwähnt den § 10. II. 17 nicht als Rechtsgrundlage polizeilichen Einschreitens. Und doch hat er gegolten als Polizei-„Recht", ohne als solches erlassen zu sein, bis ihm das preußische Gesetz vom 1. Juni 1931 durch seinen § 14 den Garaus machte. Auf welchem Wege der § 10. II. 17 geltendes Recht geworden ist, ist hier gleichgültig. Wichtig ist nur, daß er, ohne normiertes Polizeirecht zu sein, im Rechtsstaat als Recht Gültigkeit hatte. Auch der Einwand, der gemacht werden könnte, schließlich sei der § 10. II. 17 Recht geworden, auf welche Weise, sei gleich, wenn er nur formuliert und gesetzlich festgelegt sei, ist nicht stichhaltig. Denn ein solcher Einwand würde schon ein Abgehen vom Standpunkt Waldeckers bedeuten und damit ihn selbst widerlegen. Hält man an dem Grundsatz der Gesetzmäßigkeit im strengsten Sinne fest, dann kann auch das nicht „Recht" und „Rechtsgrundlage" für Polizeitätigkeit werden, was als etwas ganz anderes gedacht war, als es geschaffen wurde, es sei denn, daß es „gesetzmäßig" dazu gemacht wird. Das ist aber mit § 10. II. 17 unstreitig nicht geschehen. Es gibt also auch im Rechtsstaat außerhalb der Gesetze „Recht". Das sollte nicht geleugnet werden[45]).

Alles, was die öffentliche Verwaltung in Durchführung dieses Rechts und in seiner Befolgung vornimmt, ist rechtmäßig und nicht rein tatsächlich und unter dem Gesichtspunkt des Satzes „Macht geht vor Recht" zu beurteilen. Allenfalls könnte man diese Handhabung des Rechts als „Recht des Stärkeren" bezeichnen. Zwar ist das Übergewicht des Staates über den Einzelnen durch die feste Regelung der gegenseitigen Beziehungen beseitigt; doch die öffentliche Verwaltung kann, auch wenn sie zur Rechtsschaffung nicht

---

45) Vergl. Schade ArchÖffR, Bd. 30, S. 266 ff: „Da aber der moderne Staat auf einem großen Gebiete auch o h n e geschriebene Rechtssätze sein Hoheitsrecht geltend macht, . . ."

berufen ist, maßgeblich zur Bildung gesetzten und nicht gesetzten Rechtes beitragen, es unter Umständen sogar selbst schaffen[46]).

Es bleibt daher nur zu untersuchen, ob zu diesem ungeschriebenen Recht im Rechtsstaat auch das Staatsnotrecht gehört und die aus ihm zu begründende Anstaltspolizei. Das muß, so sehr es von vielen bestritten wird, bejaht werden.

Der Staat als Schöpfer des Rechts, durch das er sich auch selbst bindet und fesselt, ist zugleich, und das ist vielleicht seine wichtigste Aufgabe als Rechtsstaat, der Erhalter des Rechts. Ohne Staat und ohne staatliche Macht ist kein Recht, ohne ordnungsmäßige, organisierte und ungestörte Verwaltung aber kein Staat denkbar. Beides bedingt sich, hängt von einander ab, und eins kann nicht ohne Auswirkung und Rückschläge auf das andere vernachlässigt oder unbeachtet gelassen werden. Der Staat als Förderer und Erhalter des Rechts hat die Pflicht und das Recht, als Voraussetzung dafür eine ordentliche öffentliche Verwaltung zu schaffen und die Ordnung in ihr aufrechtzuerhalten. Alles dafür Erforderliche hat er in den für den Rechtsstaat vorgesehenen Wegen und Bahnen, d. h. im Wege ordentlicher Gesetzgebung zu veranlassen. Das ist der Grundsatz.

Soll der Staat oder für ihn die öffentliche Verwaltungsbehörde aber nicht handeln dürfen, wenn eine plötzliche Störung, eine Unordnung oder eine Gefahr droht, und ihm ein bestehendes Gesetz keine Handhabe zur Beseitigung gibt? Soll die Verwaltung wirklich einer Behinderung ihrer Tätigkeit zusehen müssen, nur mit dem Recht ausgestattet, eine gesetzliche Regelung für die Zukunft zur Verhinderung ähnlicher Vorfälle einleiten zu können, und sich inzwischen den Schaden gefallen lassen? Sollte hier nicht doch die höhere Pflicht des Staates ihm auch ein Recht verleihen?

Anschütz, Waldecker und die anderen verneinen das. Auch sie werden allerdings keinen Zweifel haben, daß die Verwaltung in einem solchen Falle handelt, aber nach ihrer Meinung nicht mit Recht, sondern eben, weil Macht vor Recht geht; die stärkere Verwaltung unterdrückt den schwächeren einzelnen, da ihm das noch mangelhaft ausgebaute Verfassungsprogramm keinen Schutz verleiht. Wir müssen auch hier wieder diese Auffassung als eng und formal bezeichnen. Die Staatsgewalt in solchen Fällen zu fesseln, und sie auf den Weg der Gesetzgebung zu verweisen, ist nur auf Grund einer Staatsrechtsauffassung möglich, die in einer Übertreibung und Bevorzugung des individualistischen Interesses gegenüber dem Staat Ausdruck findet. Diese von der liberalistischen Weltanschauung vertretene Theorie des Staatsrechts blieb schon zur Zeit ihrer Geltung allein Theorie und mußte

---

[46]) Vergl. z. B. Anschütz, VArch, Bd. 14, S. 325: „Die Verwaltungspraxis kann u. U. dazu beitragen, daß ein lückenfüllender Gewohnheitsrechtssatz entsteht."

damals und heute erst recht als Überspitzung des Rechtsstaatsgedankens angesehen werden. Gewiß gilt das Schweigen des Gesetzes grundsätzlich zugunsten des einzelnen gegen die Verwaltung, denn dafür besteht eben im Rechtsstaat der Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung. Der Verwaltungseingriff findet seine Grenze am Rahmen der Gesetze und den Rechten des einzelnen. Doch in Ausnahmefällen, in Fällen der Not, der Kollision gilt dieser Grundsatz nicht, kann er auch nicht gelten, will man nicht die öffentliche Ordnung, die Verwaltung, den Staat und damit die bestehende Rechtsordnung selbst gefährden. „Es wäre Wahnsinn, der bestehenden Rechtsordnung den Staat zu opfern, zu dessen Erhaltung jene bestimmt ist"[47]) und die er selbst durch seine Existenz gewährleistet. In Notfällen hat der Staat oder seine Verwaltung das Recht, abwehrend oder angreifend auch ohne gesetzliche Grundlage zu handeln, soweit es zur Aufrechterhaltung einer geordneten öffentlichen Verwaltung notwendig ist. Hier muß der einzelne zurückstehen, auch wenn der Staat sich auf keine gesetzliche Ermächtigung stützt. Denn dieses Recht bedarf keiner besonderen gesetzlichen Grundlage, es folgt aus dem staatlichen Hoheitsrecht, aus dem Staatszweck überhaupt. Was dem einzelnen zur Behauptung seiner Lebensrechte zugestanden ist, das Recht der Notwehr und des Notstandes, gilt erst recht für den Staat[48]), denn in ihm verkörpert sich das Interesse der Gesamtheit, dem das Einzelinteresse gegenübersteht, während dort ja nur Privatinteressen beteiligt sind. Wo der Staat überhaupt ein Notrecht in seiner Rechtsordnung anerkennt, steht es ihm, so darf man wohl sagen, kraft selbstverständlichen Rechtes auch zu. Das widerspricht auch nicht dem Rechtsstaatsgedanken oder bedeutet ein Zurückfallen in alte überwundene Theorie vom „Staatlichen Mehrwert". Es ist auch keine Ergänzung aus vorverfassungsrechtlichen Gedanken oder die Behauptung eines allgemein gültigen Notwehrrechts im Sinne der Naturrechtslehre, denn im Rechtsstaat selbst sind diese Gedanken anerkannt und ausgebildet worden.

Bis heute gilt in den meisten Zweigen der öffentlichen Verwaltung, mit Ausnahme des reinen Polizeirechts[49]), noch immer § 74 der Einleitung zum Preußischen allgemeinen Landrecht: „Einzelne Rechte und Vorteile der Mitglieder des Staates müssen den Rechten und Pflichten zur Beförderung des gemeinschaftlichen Wohles, wenn zwischen beiden ein wirklicher Widerspruch (Kollision) eintritt, nachstehen". In ihm verkörpert sich ein Grundsatz des Verwaltungsrechtes, nicht nur des Polizeistaates, in dem

---

[47]) H. Bischof. Das Notrecht der Staatsgewalt ... ArchÖffR, III. Bd. 3. Heft, S. 5.

[48]) Annalen 1912, S. 200.

[49]) Hier gilt heute § 21 PVG. Vergl. Klausener-Kerstiens, Kempner a. a. O. § 21, Anm. IV zu Absatz 1.

ja dieser Gedanke nicht nur in Fällen der Kollision Geltung hatte, sondern auch gerade des Rechtsstaates, in dem er noch eher einer Betonung bedurft hätte, weil im Zeitalter des liberalen Individualismus der einzelne mit seinen Rechten und Interessen auch im Vordergrunde des Staatsrechtes stand[50]. Trotzdem hat sich dieser Grundgedanke auch hier erhalten. Aus ihm hat sich für das Polizeirecht ein festbegrenztes Notstandsrecht entwikkelt, wonach die Polizei unter bestimmten Voraussetzungen auch gegen den Nichtstörer in bestimmten Umfange einschreiten darf[51]. Dieser Gedanke ist auch in der gesetzlichen Regelung des polizeilichen Notstandsrechtes in § 21 PVG enthalten und auf eben den Grundsatz zurückzuführen, „daß grundsätzlich Privatinteressen hinter den öffentlichen Interessen zurücktreten müssen"[52].

Aber auch sonst ist anerkannt, daß „wohlerworbene Privatrechte als unvereinbar mit den Rücksichten der öffentlichen Ordnung und Wohlfahrt vermöge des sogenannten ius eminens des Staates aufgehoben werden können und das öffentliche Interesse ihnen keinesfalls geopfert werden darf[53].

Noch weniger als im liberalen demokratischen Rechtsstaat darf die Anerkennung des Staatsnotrechts im neuen „nationalen Rechtsstaat" des Jahres 1933 zweifelhaft sein. Nachdem die NSDAP nach der siegreichen Revolution die Macht ergriffen hat, ist der frühere Programmpunkt „Gemeinnutz geht vor Eigennutz" nicht mehr nur Programm einer politischen Partei, sondern wesentlicher Bestandteil staatlichen Verwaltungs- und Rechtslebens und ein führender Grundgedanke unseres neuen Staatsrechts[54]. Es ist somit unzweifelhaft, daß sich in Fällen des Widerstreits öffentlicher und privater Interessen das öffentliche Interesse und der in ihm verkörperte Gemeinnutz vor dem Einzelinteresse, dem Eigennutz, durchsetzt.

Dieses Staatsnotrecht hat demnach seine Grundlage im geltenden Recht, jetzt wie schon früher, und ist nicht nur überwiegende Macht und tatsächlicher Vorgang. Es lebt fort als Rechtsgedanke und als Folge staatli-

---

[50]) Vergl. Artikel 3 ff der Verfassungsurk. f. d. Preußischen Staat vom 31. 1. 1850 („Von den Rechten der Preußen"), Artikel 109 ff d. Verf. d. Deutschen Reiches v. 11. 8. 1919 („Grundrechte und Grundpflichten der Deutschen").

[51]) Uebrigens auch ein Beispiel für ungeschriebenes Recht im Rechtsstaat. Allerdings ist die Begründung des polizeilichen Notstandes bestritten. Vergl. Furler a. a. O. § 11; dagegen Wolzendorff ArchÖffR 27, S. 224, 256, Hatschek Verw. R. S. 273. Letztere folgern die Grundlage polizeilichen Einschreitens aus § 10, II, 17 („nötige Anstalten"). Sinngemäß läßt sich jedoch § 10. II 17 nur gegen „Störer" anwenden.

[52]) Klausner-Kerstiens-Kempner a. a. O. § 21, IV, 1.

[53]) Fleiner, Einzelrecht und öffentliches Interesse in Staatsrechtl. Abh. i. d. Festgabe f. Laband, Bd. II, S. 3; O. Mayer, Verw. R. Bd. I, S. 33; RGZ 16, 161; vergl. auch OVG 12, 403; 38. 299.

[54]) So wird auch im Gesetz vom 3. Juli 1934 (RGBl. I, S. 529), ein Staatsnotwehrrecht als selbstverständlich vorausgesetzt und anerkannt.

chen Hoheitsrechtes. Es gibt dem Staat die Handhabe, in Fällen der Not, der Interessenkollision seine Lebenswichtigen Interessen gegenüber dem einzelnen zu wahren und damit seine Verwaltung, die öffentliche Ordnung und schließlich die Rechtsordnung und das Recht, dem er selbst dient, zu erhalten und zu fördern[55]).

Dieses Staatsnotrecht bildet nun die hauptsächlichste Grundlage der Anstaltspolizei. Die in den öffentlichen Anstalten verkörperten Interessen der öffentlichen Verwaltung genießen wie diese das Recht der Notwehr. Die öffentliche Anstalt kann sich gegen unberechtigte Angriffe schützen, sei es durch Abwehr, selbst mit Zwang und Gewalt, oder aber sogar durch einen Angriff ihrerseits. Jede Störung und Beeinträchtigung ihres ordnungsmäßigen und pflichtgemäßen Betriebes gibt ihr ein Recht zur Beseitigung, selbst wenn das Verhalten des Störers sonst durchaus nicht polizeiwidrig war. Ja gerade dann zeigt sich der Widerstreit der privaten mit den öffentlichen Interessen, in dem die privaten auf Grund des öffentlichen Notrechtes zurücktreten müssen. Hier ist nicht nur die Verwaltung der „Stärkere", sondern der mit mehr „Recht" ausgestattete Gegner des einzelnen, dem dieser weichen muß.

Da es sich um ein Notrecht handelt, muß aber zum Einschreiten auch ein Angriff, d. h. eine Störung öffentlicher Interessen vorliegen. Die öffentliche Anstalt, ihre Ordnung und ihr Betrieb müssen bei Andauern des bestehenden Zustandes beeinträchtigt und gestört werden, sodaß ein Einschreiten kraft Anstaltspolizei erforderlich sein muß. Aus dem Charakter als Notrecht folgt ferner, daß die durch die öffentliche Anstalt ergriffenen Maßnahmen sich in der Abwehr der Gefahr erschöpfen und dem Grade der Gefahr angepaßt sein müssen. Es handelt sich eben um ein Ausnahmerecht, das der öffentlichen Verwaltung im Gegensatz zu ihrer sonstigen Gesetzgebundenheit zusteht. Die Anstaltspolizei ist daher vom Standpunkt des Rechtsstaates aus auch nur als Ausnahme anzuwenden. Sie darf nicht mehr verlangen, als zur Abwehr von Störungen und zur Aufrechterhaltung ihres Betriebes unbedingt erforderlich erscheint. Alles, was darüber hinausgeht, würde nicht mehr durch das Notrecht gedeckt und daher insoweit rechtswidrig sein, da dann eine rechtliche Grundlage fehlt. So läßt sich die Androhung oder Verhängung einer Geldstrafe für den Fall der Störung des Anstaltsbetriebes nicht mehr mit dem Notrecht begründen[56]).

[55]) Jellinek Verw. R. S. 330.
[56]) Kormann, Annalen 1912, S. 199, Fleiner, Institutionen S. 332.

§ 7. Vorverfassungsrecht als Ergänzung der Lücken im geltenden Recht.

Die bestehende Rechtsordnung eines Staates mit ihren vielfachen gesetzlichen Einzelregelungen ist der Ausdruck eines Rechtsempfindens. Sie bildet, abgesehen von fortlaufenden Erneuerungen und Verbesserungen etwas in sich Abgeschlossenes und Fertiges und muß, sofern sie nicht überhaupt auf die Anerkennung als „Recht" verzichten will, für sich die Vollständigkeit in dem Sinne in Anspruch nehmen, daß sie im Augenblick der vollständigste Niederschlag der geltenden Rechtsanschauungen ist. Wenn also frühere, verfassungsrechtliche Gedanken in die jetzige Rechtsordnung Eingang finden wollen, so ist das nur durch die Lücken und Maschen dieser Rechtsordnung möglich, oder es muß sich um Gedanken handeln, die ganz überzeitliche Bedeutung haben.

Wie steht es nun mit der Anstaltspolizei? Ein Rechtssatz, der das Wort „Anstaltspolizei" enthielte, ist nicht vorhanden. Und wenn sich die Anstaltspolizei, wie oben dargelegt ist, außer mit dem Staatsnotrecht bis zu einem gewissen Umfange mit § 10. II. 17 oder § 14 PVG begründen läßt, so ist doch auch in diesen Vorschriften eigentlich nichts von Anstaltspolizei gesagt, sondern die rechtliche Begründung der Anstaltspolizei und die Anwendbarkeit dieser Vorschriften folgt eben aus dem Wesen der öffentlichen Anstalt als eines Bestandteiles der polizeilich zu schützenden öffentlichen Ordnung. Ob diese Lücke im geltenden positiven Rechte durch irgend welche Rechtsgedanken oder -grundsätze ausgefüllt oder ergänzt werden darf, ob ihr als solcher irgend eine rechtliche Bedeutung zukommt, aus der sich bestimmte Folgerungen ergeben und Schlüsse zu ziehen sind, bedarf der näheren Untersuchung.

Lücken im Recht als solchem, der Norm als Richtmaß dessen, was sein soll oder nicht, gibt es nicht. Das Recht als Idee dessen, was Rechtens ist und was gilt, ist notwendig und zwangsläufig lückenlos und logisch in sich geschlossen, denn sonst gäbe es eben kein „Recht" im höchsten Sinne[57]). Dieses Recht, als Norm, als Idee des Seinsollenden, hat aber für den einzelnen nur Bedeutung, ist nur verpflichtend und verbindlich, soweit es sich positivem Recht bei der Gestaltung der Gesetze im materiellen Sinn, bei der Formulierung dessen, was nun im allgemeinen oder im Einzelfall gelten soll, oder sonst Ausdruck gefunden hat und so wirklich angewandtes Recht darstellt. Ein Verbrechen ist daher wohl moralisch zu verurteilen, wenn es gegen das Recht als die Rechtsidee verstößt, kann aber nicht bestraft werden, solange nicht die Tat auch in der geltenden Rechtsordnung strafwürdig ist. Dieses positive Recht müßte im Idealzustand trotz der großen Vielgestaltig-

[57]) a. Mg.: Anschütz, VArch Bd. 14, S. 319.

keit des Lebens ein getreues Abbild jener Rechtsidee darstellen, d. h. müßte alle Tatbestände und Möglichkeiten erfassen und sie unter dem Gesichtspunkt jenes höheren Rechts beurteilen. Wenn aber schon jenes Recht, die Rechtsidee, ein Ausfluß menschlicher Anschauungen und nichts ewig Gleichbleibendes ist — es ist eben zeitlich und völklich je nach dem Empfinden, das vorherrscht und wechselt, verschieden, im Gegensatz zur Auffassung der Naturrechtslehre, die ein allgemein gültiges Recht anerkannte — so ist doch die positive Ausgestaltung, der Umguß jener Normen in feste, für den Einzelfall anzuwendende Formen erst recht Menschenwerk und mit Mängeln und Fehlern behaftet. Trotz größter Sorgfalt kann der Gesetzgeber nicht alles menschliche Geschehen in gesetzliche Formen zwängen und in rechtlichen Tatbeständen darstellen. Viele Fälle müssen eben anderen angeglichen werden. Es kann auch nicht bestritten werden, daß der Gesetzgeber an einzelne Dinge nicht denkt, und eben so eine „Lücke“ im geltenden Rechte entsteht[58].

Ein Tatbestand menschlichen Geschehens z. B. läßt sich nicht unter den vom Gesetzgeber geformten Tatbestand bringen, weil der Gesetzgeber nicht an ihn gedacht hat. Solche Lücken sind garnicht zu vermeiden und bei einer schnellen Gesetzgebung leider auch nicht selten. Aber auch ohne „Schuld“ des Gesetzgebers stellen sich Lücken im Gesetz ein. Die Rechtsidee als Ausdruck des Empfindens einer Rechtsgemeinschaft ist, wie schon gesagt, als solche ewig bleibend, in ihrem Inhalt aber wechselnd und von geschichtlichen Ereignissen bedingt, sie ist etwas stets neu Werdendes, Dynamisches. Ihr gegenüber hinkt das positive Recht nach, indem es einmal ein Ausdruck eines bereits gewordenen und bestehenden Rechtes ist, andererseits aber, sobald es in Form von Gesetzen gegossen ist, notwendigerweise etwas Starres und Festes darstellt. Das bestehende Gesetz ist so etwas Statisches gegenüber dem dynamisch sich fortentwickelnden Rechtsempfinden. Die aus dieser Divergenz entstehenden Lücken müssen im Wege der Auslegung beseitigt werden, bis vielleicht auch das nicht mehr geht und ein neues Gesetz geschaffen werden muß[59].

Es gibt aber auch gewollte und beabsichtigte Lücken im positiven Recht. Der Gesetzgeber regelt einen Fall nicht, nicht etwa, weil er ihn vergessen hätte, sondern gerade, weil er an ihn gedacht hat. Aus dem ganzen Zusammenhang in den anderen Gesetzen und dem daraus erkenntlichen Wil-

---

[58]) a. Mg. wohl O. Mayer, Verw. R. Bd. I, S. 89.

[59]) Ein klassisches Beispiel hierfür bildet die Geschichte der Inflation. Der Grundsatz Mark = Mark, der den geltenden Gesetzen entsprach, führte zu Ungerechtigkeiten, die dem Empfinden von dem, was Recht war, geradezu in's Gesicht schlug. Das RG schloß diese Lücke im Wege der Auslegung durch seine berühmte Entscheidung Bd. 107, 78 ff, bis dann die 3. Steuer-NotVO vom 14. 2. 24 die gesetzl. Neuregelung brachte. Der gleiche Zustand war gegeben vor Geltung des Ges. v. 9. 4. 1900 betr. die Bestrafung der Entziehung elektr. Arbeit und § 21 PVG.

len des Gesetzgebers geht dann aber hervor, daß dies Schweigen von rechtlicher Bedeutung ist (dum tacent clamant), oft in dem Sinne, daß der nicht geregelte Tatbestand auch keine solche Behandlung erfahren soll, wie die sonst im Gesetz genannten. Hier handelt es sich eigentlich nicht um „Lücken", denn ihr Vorhandensein bedeutet das Gleiche, wie wenn sie durch eine Norm ausgefüllt wären. Sie dürfen daher auch nicht ergänzend, durch Analogieschlüsse oder sonstige Hilfsmittel ausgefüllt werden, weil es dem Willen des Gesetzgebers widerspräche; denn er hat eine selbstverständliche, meist negative Regelung als selbstverständlich vorausgesetzt[60]).

Anders ist es bei den ungewollten Lücken. Sie müssen irgendwie gefüllt werden. Im Zivil- und Strafrecht muß dabei der Richter die Lückenlosigkeit des Gesetzes unterstellen und auf jeden Fall zu einer Entscheidung gelangen. Läßt das Gesetz das Klagebegehren zu, so wird der Klage stattgegeben, andernfalls wird sie abgewiesen; der Angeklagte wird verurteilt oder freigesprochen, beides auf Grund des vorhandenen „lückenlosen" Gesetzes. Allerdings muß auch hier viel mit Analogie, allgemeinen Rechtsgrundsätzen (z. B. Treu und Glauben) gearbeitet werden[61]).

Und wie steht es im Verwaltungsrecht? Auch hier, vielleicht gerade hier, gibt es wegen der Vielfältigkeit der von der Verwaltung zu betreuenden Gebiete erst recht Lücken im Gesetz. Hier muß die Verwaltung eben sehen, daß sie darum herumkommt, oder aber sie muß ihre Tätigkeit einstellen, wenn sie dadurch in Widerspruch zum geltenden Gesetz treten würde; denn gerade hier gilt ja der Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung, d. h. alles Tun der Verwaltung, insbesondere Eingriffe in die Rechte der einzelnen, müssen rechtlich begründet sein. Da nun auch in Bezug auf die rechtliche Behandlung der Anstaltspolizei eine Lücke im Verwaltungsrecht besteht, fragt es sich, wie sich die Verwaltung in diesem Falle verhalten muß. Dafür ist zunächst von Wichtigkeit festzustellen, welcher Art diese Lücke ist, ob sie beabsichtigt oder ungewollt ist.

Hätte der Gesetzgeber den Begriff der Anstaltspolizei gekannt, ohne ihn jedoch positiv zu regeln, hätte er es vielmehr absichtlich unterlassen, neben der allgemeinen Polizeiermächtigung eine besondere für die öffentlichen Anstalten zu erlassen, so müßte man hier eine gewollte Lücke in den Verwaltungsgesetzen annehmen, und daraus wohl schließen, daß eine über die sonstigen Polizeibefugnisse hinausgehende Anstaltspolizei vom Gesetzgeber nicht anerkannt werden sollte. Sieht man aber die Polizeigesetze daraufhin an, so ergibt sich folgendes: § 10. II. 17 ALR als grundlegendes Polizeigesetz enthält nichts über die Anstaltspolizei, konnte es auch garnicht,

---

60) Anschütz, VArch Bd. 14, S. 317; O. Mayer, Verw. R., S. 89.
61) Jellinek, Verw. R., S. 144, 146, 147.

denn er sollte ja zunächst nur eine Begriffsbestimmung für die Polizei sein. Da sich erst später eine polizeiliche Ermächtigung daraus ergeben hat, so ist es selbstverständlich, daß die Anstaltspolizei darin nicht berücksichtigt ist, wenn sie sich auch z. T. daraus ableiten läßt. Auch das neue Preußische Polizeiverwaltungsgesetz vom 1. 6. 31. sagt nichts von Anstaltspolizei, obwohl den Schöpfern dieses Gesetzes der Begriff der Anstaltspolizei sicherlich nicht unbekannt gewesen ist. Aber auch das Schweigen dieses Gesetzes deutet nicht darauf hin, daß es sich um eine gewollte Lücke in dem Sinn handelt, daß damit der Anstaltspolizei die rechtliche Begründung entzogen werden sollte. Der maßgebende § 14 dieses Gesetzes, der die Polizeiaufgaben regelt, sollte ja lediglich eine erneuerte Fassung des § 10. II. 17 darstellen und inhaltlich genau gleich bleiben[62]). Die bisher maßgebliche Fassung der Polizeiaufgaben hatte sich nach allgemeiner Meinung bewährt und sollte daher sachlich genau so erhalten bleiben. Das Polizeiverwaltungsgesetz bringt also zur Frage der Anstaltspolizei sachlich nichts Neues, sodaß, wenn vorher eine ungewollte Lücke bestand, sie auch in Zukunft bestehen bleibt. Man ließ also eine Lücke im Gesetz, nicht weil sich aus ihrem Bestehen eine Verneinung der Anstaltspolizei ergeben sollte, sondern weil man es nicht für notwendig erachtete, hierfür eine allgemeine besondere Regelung gegenüber dem früheren Rechtszustand zu schaffen.

Man kann schließlich auch nicht zur Begründung einer gewollten, d. h. verneinenden Lücke anführen, daß es zahlreiche Einzelbestimmungen gibt, in denen die Anstaltspolizei rechtlich begründet ist, woraus man schliessen müsse, daß sie sonst nicht anzuerkennen sei. Einer solchen Auffassung wäre entgegen zu halten, daß das Wort „Anstaltspolizei" in keiner dieser Rechtsgrundlagen erwähnt ist. Meist hat die Wissenschaft, die ja überhaupt diesen Begriff geprägt hat, hierin erst einen Fall der Anstaltspolizei nachgewiesen. Außerdem befinden sich diese Sonderermächtigungen in den meisten Fällen in abschließenden, irgend welche besonderen Gebiete umfaßenden Regelungen, sodaß sie darin schon der Vollständigkeit wegen enthalten sein mußten. Auch gehen sie inhaltlich oft über den Begriff der Anstaltspolizei hinaus, sodaß sie einer besonderen gesetzlichen Ermächtigung bedurften.

Wenn also der Begriff der Anstaltspoliezei nicht genannt ist, so handelt es sich nach allem doch nicht um eine bewußte Lücke, aus deren Vorhandensein man zu dem Schluß gezwungen wäre, die Anstaltspolizei rechtlich nicht anzuerkennen. Liegt aber eine unbeabsichtigte Lücke vor, und das muß man ja annehmen, so entsteht die Frage, wie diese Lücke im Bedarfs-

---

62) Klausener-Kerstiens-Kempner, § 14 Anm. III, S. 107.

falle ausgefüllt werden, woher die rechtliche Begründung der Anstaltspolizei genommen werden soll.

Die Rechtfertigung der Anstaltspolizei aus § 10. II. 17 und § 14 PVG ist, wie oben dargestellt ist, nur z. T. möglich. Man muß daher ganz allgemein die Frage aufwerfen, ob bei Lücken im geltenden Recht das vorher geltende Recht als vorverfassungsmäßiges Recht ergänzend herangezogen werden darf. Diese Frage wird man bejahen müssen, wenn es sich um Rechtsgrundsätze und Ideen handelt, die nicht ausdrücklich durch das neue geltende Recht aufgehoben sind oder sonst im Widerspruch mit den geltenden Grundsätzen stehen.

Der Vorläufer des Rechtsstaates war der Polizeistaat. Dieser Polizeistaat, dem die rechtliche Gebundenheit auch im Verhältnis zum einzelnen fehlte, dessen Verwaltung sich nur nach Zweckmäßigkeitsgründen richtete, war daher der Begriff der Anstaltspolizei bekannt, wenn auch nicht als festgelegter Rechtsbegriff, so doch in der praktischen Handhabung der Verwaltungsmaßnahmen. Die öffentlichen Anstalten als Teil der öffentlichen Verwaltung wurden in ihrem Betriebe, soweit es eben zweckmäßig erschien, gegen jede Beeinträchtigung und Störung geschützt, sie setzten sich gegenüber dem einzelnen durch. Was heute unter dem Begriff der Anstaltspolizei als Besonderheit mit bestimmter rechtlicher Begründung und in festgelegten rechtlichen Grenzen verstanden wird, nämlich die Durchsetzung des öffentlichen Betriebes (Veranstaltung) gegenüber dem einzelnen, das galt damals als allgemeiner Grundsatz ohne feste Bindungen. Die öffentliche Hand verfolgte ihre Ziele auf Kosten des einzelnen ohne rechtliche Schranken.

Im scharfen Gegensatz hierzu steht die Rechtsauffassung des Rechtsstaates, dessen Verwaltung streng an die bestehenden Gesetze gebunden ist. Die rechtsstaatliche Verwaltung, deren Handlungen im einzelnen natürlich nicht bestimmt sein können, da auch sie vielfach nach Ermessensfragen tätig wird, vollzieht sich im Rahmen und in Befolgung der Gesetze, die nicht nur Richtschnur, sondern zugleich auch feste Schranken darstellen, welche rechtmäßig nicht, oder nur unter ganz bestimmten Voraussetzungen überschritten werden können.

Bei diesem scharfen Gegensatz zwischen polizeistaatlicher und rechtsstaatlicher Verwaltung erscheint es nicht angängig, bei Lücken im rechtsstaatlichen Verwaltungsrecht Auskunft und Hilfe zur Ausfüllung dieser Lücken aus dem Rechtsgebiet des Polizeistaats zu holen.

Gewiß haben bis heute noch Rechtssätze des Polizeistaates Gültigkeit, sie sind aber eingeordnet in das Rechtsgedankensystem des Rechtsstaates und z. T. auch in ihrer Bedeutung umgewandelt und den neuen Gedanken in ihrer Durchführung angepaßt, sodaß sie durchaus den rechtsstaatlichen Grundsätzen entsprechen. Auch oft wird sicherlich die Verwaltung noch

nach den Grundsätzen des Polizeistaates, d. h. ohne rechtliche Grundlage tätig, aber das liegt eben auf rein tatsächlichem Gebiet. Insbesondere Waldecker[63]) weist immer wieder darauf hin, daß der einzelne diesen tatsächlichen Übergriffen der Verwaltung oft schutzlos ausgesetzt sei, ohne daß ihm ein Rechtsmittel gegeben sei oder ihm der Rechtweg offen stehe. Dieser fehlende Schutz für den einzelnen bedeute nicht etwa eine rechtliche Anerkennung dieses rein tatsächlichen Vorgehens der Verwaltungsbehörden, stelle vielmehr nur eine mangelhafte und bisher unvollständige Durchführung des Verfassungsprogrammes in Bezug auf die Gesetzmäßigkeit der Verwaltung dar[64]). So läßt die praktische Handhabung der Behörden oft den Grundsatz der Gesetzmäßigkeit verdunkelt erscheinen, und der Polizeistaat des 19. Jahrhunderts greift noch tief in den heutigen Rechtsstaat hinein[65]). Das liegt aber auf rein tatsächlichem Gebiet und ändert nichts an der grundsätzlichen und rechtlichen Verschiedenheit polizeistaatlicher und rechtsstaatlicher Verwaltungsgrundsätze.

Wegen dieser Gegensätzlichkeit ist es auch nicht möglich, die Anstaltspolizei aus dem alten Recht des Polizeistaates zu begründen, obwohl die Gesetze des Rechtsstaates hier eine Lücke aufweisen. Der Rechtsstaat hat grundsätzlich anstelle der polizeistaatlichen Verwaltung etwas Neues setzen wollen, sodaß Ergänzungen aus den den neuen Rechtsgrundsätzen entgegenstehenden Rechtsgebieten nicht angängig sind, will man sich nicht eines Verstoßes gegen die rechtsgeschichtliche Entwicklung und die allgemeine Logik schuldig machen. Die Lücke im geltenden Recht läßt nicht zu, die Anstaltspolizei auf dem Umwege über den Polizeistaat als geltendes Recht zu proklamieren. Die Verwaltungsgesetzgebung des Rechtsstaates ist auszulegen im Geiste des Rechtsstaates und nicht im Geiste des Polizeistaates[66]).

§ 8. Rechtsbildung durch Anerkennung.

Als weitere Rechtsquelle des Verwaltungsrechts und als Rechtsgrundlage für die Anstaltspolizei kommt das Gewohnheitsrecht in Betracht.

Wer jedoch wie Waldecker[67]) auf dem Standpunkt steht, daß Recht im Rechtsstaat nur ist, was in Gesetzen seinen Ausdruck gefunden hat, muß auch

---

63) Waldecker, a. a. O., S. 306, 307, 310, 313, 336, 338.

64) Es soll damit nicht anerkannt werden, daß in den von Waldecker genannten Fällen nicht doch die Anstaltspolizei sich rechtlich mit § 10. II. 17 oder anderen Rechtsgründen rechtfertigen ließe, sondern nur festgestellt werden, daß auch im Rechtsstaat polizeiliche Uebergriffe möglich sind.

65) Reschkofsky, Freiheitsrecht und Polizei mit bes. Berücksichtigung der Polizeierlaubnis (Würzbg. Diss. 1933) S. 62.

66) Anschütz, VArch Bd. 14, S. 327.

67) a. a. O. S. 336.

das Gewohnheitsrecht als Rechtsgrundlage im Rechtsstaat ablehnen. So sind wohl auch seine Ausführungen[68]) als Ablehnung des Gewohnheitsrechtes aufzufassen, wenn er sagt, es möge sein, daß sich durch Übung und Notwendigkeit die öffentliche Handhabung und Gewalt erweitert ausgedehnt habe, die Staatsgewalt sei dadurch nicht gewachsen. „Es hat sich nur das Machtverhältnis im Staat verschoben. Das beweist aber, daß wir uns auch hier auf dem Gebiet des rein Tatsächlichen befinden, von öffentlichen Recht kann man hier nicht mehr sprechen". Auch Otto Mayer hält die Bildung von Gewohnheitsrecht durch die Tätigkeit der Verwaltungsbehörden für ausgeschlossen, ja für Anarchie[69]). Er geht davon aus, daß die Lücken im Gesetz „gewollt" seien, daher durch die Verwaltungstätigkeit der Behörden nicht ausgefüllt werden dürften. Gewohnheitsrecht sei nur das überkommene, vom Rechtsstaat bestehen gelassene Recht der Observanz, Verbandslast und ererbtes Gewohnheitsrecht. Eine Neubildung von Gewohnheitsrecht sei nicht möglich. Diesen scharf ablehnenden Standpunkt schwächt er selbst aber wieder ab, indem er kurz darauf ausführt: „Man meint sogar, daß dergleichen sich jetzt noch neubilden könne. Dann hätten wir allerdings auch heute noch die Gewohnheit als Verwaltungsrechtsquelle". Ebenso hält Hatschek[70]) die Bildung von Gewohnheitsrecht im Rechtsstaat für ausgeschlossen, da sonst im Gegensatz zur Lehre von der Dreiteilung der Gewalten der Verwaltungsbeamte, statt Recht anzuwenden, Recht schaffen würde. Außerdem fehle es an der zur Entstehung von Gewohnheitsrecht notwendigen gemeinsamen Rechtsüberzeugung unter den Staatsbürgern, da sich im Verwaltungsrecht immer Staat und Staatsbürger gegenüberständen.

Im Gegensatz hierzu erkennt ein großer Teil der Schriftsteller die Möglichkeit der Bildung von Gewohnheitsrecht innerhalb der Schranken der bestehenden Gesetze — praeter legem — als ein die Lücken des Verwaltungsrechtes ausfüllendes Ergänzungsrecht[71]), ja sogar darüber hinaus als ein sich über die Schranken der Verwaltungsgesetze hinwegsetzendes contra legem sich ausbildendes Recht an[72]).

Der Einwand Waldeckers gegen das Bestehen eines Gewohnheitsrechtes, mit der Begründung, es fände keine Stütze im geltenden Recht und könne daher im Rechtsstaat nicht anerkannt werden — diese Begründung liegt eigentlich seiner Beweisführung zu Grunde — ist schon dadurch wider-

[68]) **Waldecker** a. a. O. S. 344 u. 345.
[69]) **Verw.** R. S. 89 ff.
[70]) **Verw.** R. S. 54.
[71]) Schade, ArchÖffR Bd. 30, S. 301 ff; Anschütz, VArch Bd. 14, S. 325; Kitzinger, Verhinderung strafbarer Handlungen.... S. 59; Reschkofsky, a. a. O. S. 53.
[72]) Jellinek, Verw. R. S. 116/117; Drews, Pr. Pol. R., allg. Teil S. 5.

legt, daß es auch im Rechtsstaat ungeschriebenes Verwaltungsrecht gibt[73]. Zudem ist es ja gerade die Eigenart des Gewohnheitsrechts, sich ohne gesetzliche Grundlage zu bilden und so Recht zu schaffen. Wollte aber der Gesetzgeber allgemein oder im Einzelfall die Ausfüllung einer Lücke dem Gewohnheitsrecht ausdrücklich überlassen, so müßte er selbst immer von der Unvollkommenheit seiner eigenen gesetzlichen Regelung ausgehen, diese zugestehen und voraussetzen. Das darf man aber dem Gesetzgeber nicht zumuten und kaum von ihm erwarten dürfen. Zwar gesteht auch Waldecker eine durch Übung und Notwendigkeit ausgedehnte Staatsgewalt zu, sie liege aber auf rein tatsächlichem Gebiete und habe mit Recht nichts zu tun. Auch hier ist Waldecker entgegen zu halten, daß es das Wesen jeglichen Gewohnheitsrechtes ist, wie schon der Name besagt, daß aus einem anfänglich rein tatsächlichen Vorgang sich unter bestimmten Voraussetzungen, zu denen die „Gewohnheit", die Übung gehört, rechtliche Folgen bezüglich dieses Vorganges selbst ergeben. Darüber, daß aus einer geübten Tatsache Recht werden kann, hat Waldecker kein Wort verloren, eben weil für ihn nur Recht ist, was der Staat in der Form gesetzten Rechtes anerkannt hat; eine Auffassung, die rein formal und theoretisch dem tatsächlichen Verwaltungsrecht nicht entspricht.

Auch Otto Mayers Ansicht, Gewohnheitsrecht könne sich nicht bilden, weil die Lücken im Verwaltungsrecht gewollt seien und daher nicht durch die Behördenpraxis ausgefüllt werden dürften, ist oben bereits insofern widerlegt, als sein Argument nur das Gewohnheitsrecht als Recht verneinen würde, das sich contra legem, gegen ein stillschweigendes, verneinendes Gesetz bildet, nicht aber das Gewohnheitsrecht trifft, das die ungewollten Lücken ausfüllt, die zweifellos vorhanden sind und nicht geleugnet werden können[74]. Es würde auch kein Verstoß gegen den Grundsatz der Dreiteilung der Gewalten vorliegen, wie Hatschek annimmt, wenn man die Bildung von Gewohnheitsrecht im Verwaltungsrecht für rechtlich zulässig hält. Denn die gesetzanwendende Verwaltungsbehörde schafft doch nicht das Gewohnheitsrecht. Sie trägt zwar dazu bei, leitet diese Rechtsschaffung gewissermaßen ein; damit aber aus dem, was sie tut, Recht wird, ist noch verschiedenes andere notwendig, was von ihr allein bestimmt nicht abhängig ist. Die Tätigkeit der Verwaltungsbehörden mag bei der Entstehung von Gewohnheitsrecht von ausschlaggebender und bestimmender Wirkung sein, sie tun aber im Grunde auch hier nichts anderes, rechtlich gesehen, als wenn sie dem Gesetzgeber Vorschläge zum Erlaß eines Gesetzes machen. Und das widerspricht ja auch nicht dem Grundsatz der Gewaltenteilung.

---

[73]) Vergl. oben S. 24—25.
[74]) Vergl. oben S. 31.

Schwerwiegender ist das andere Bedenken Hatscheks, daß es an der für Gewohnheitsrecht und seine Entstehung notwendigen Überzeugung der Rechtsgenossen fehle infolge der Ungleichheit der Rechtspartner. Allerdings wird sich im Zivilrecht bei der Gleichstellung der Parteien untereinander in ihren Rechtsbeziehungen viel eher ein Gewohnheitsrecht bilden können, als im Verwaltungsrecht. Hier tritt meist die öffentliche Verwaltung befehlend oder verbietend auf, greift in die Rechte des einzelnen ein, und der einzelne sieht diesen Eingriffen murrend und grollend zu und wehrt sich, wenn ihm die Rechtsordnung ein Rechtsmittel zugesteht, oder muß die Eingriffe schweigend hinnehmen, wenn ihm ein Rechtsmittel versagt ist. Eine passende Grundlage zur Entstehung eines Gewohnheitsrechts zur Sanktionierung dieses Verhältnisses ist in dieser Lage allerdings schwer gegeben. Und doch kann sich auch im Verwaltungrecht ein Gewohnheitsrecht bilden.

Voraussetzung ist aber auch hier, das Vorhandensein einer Gewohnheit, die Übung und Anwendung. Dieser Übung, die meist auf die Initiative der Verwaltung zurückzuführen ist, muß aber auf der anderen Seite eine Rechtsüberzeugung der Betroffenen entsprechen. Beide Faktoren ergeben dann das Recht, das auch ungeschrieben Gültigkeit hat. Man darf aber nicht zu hohe Anforderungen an diese „Rechtsüberzeugung" des einzelnen von Rechtsmäßigkeit des Verwaltungsaktes stellen. Eine wirkliche Überzeugung wird in den seltensten Fällen vorhanden sein, sich auch praktisch nicht feststellen lassen. Das Vorliegen der Rechtsüberzeugung muß daraus geschlossen werden, daß z. B. der Verwaltungseingriff geduldet wird. Wer sich gegen einen wiederkehrenden Eingriff nicht wehrt, von dem muß angenommen werden, daß er die Überzeugung von seiner Rechtmäßigkeit hat, oder daß ihm diese Überzeugung durch die Praxis beigebracht worden ist. Denn wie diese Rechtsüberzeugung entstanden ist, muß gleichgültig sein. Eine bedeutende Rolle spielt hierbei die Praxis besonders der höheren Gerichte. Sie allein kann zwar selbstständig kein Gewohnheitsrecht hervorbringen, wie allerdings auch behauptet worden ist[75]), kann aber wesentlich zu seiner Förderung beitragen, indem sie durch gleichlautende Entscheidungen die Überzeugung von der Rechtmäßigkeit des Verwaltungsaktes vorbereitet und unterstützt. Hat erst einmal ein höheres Gericht im gleichen Sinne für die Rechtmäßigkeit des Verwaltungseingriffes entschieden, so werden die nächsten Betroffenen wahrscheinlich nicht mehr dagegen vorgehen und sich fügen. Aus diesem zunächst rein tatsächlichen Vorgang wird dann aber durch die dauernde Übung der Verwaltungsbehörde ein rechtlich begründeter Verwaltungsakt, der auch dann zu Recht besteht, wenn man später gegen ihn vorzugehen versucht.

---

75) **Schade**, a. a. O. S. 309; **Schoen**, **VArch** 28, 28.

So entsteht auch im Verwaltungsrecht durch die Übung und die Rechtsüberzeugung der Betroffenen, selbst wenn die letzte etwas gewaltsam durch die Praxis der Gerichte herbeigeführt worden ist[76]), das Gewohnheitsrecht. Auch hier geht nicht Macht vor Recht, sondern das Recht des Stärkeren setzt sich gegenüber dem Schwächeren durch. Die Meinung, daß die Verwaltung durch Annahme eines solchen Gewohnheitsrechtes fast alles, was sie wolle, erreichen könne[77]), besagt noch nicht, daß dieser Weg nicht doch rechtmäßig sei. Wenn der Verwaltungsakt von der Behörde und den Betroffenen als rechtmäßig anerkannt ist, so läßt sich kein stichhaltiger Grund finden, einen geübten Verwaltungseingriff nicht auch als Recht anzusehen. Wenn weiter in wiederholten Entscheidungen der Verwaltungsgerichte, den ja gerade die Prüfung der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung im Rechtsstaat obliegt, zugunsten des Verwaltungsaktes entschieden ist, und die Betroffenen diese Entscheidungen hinnehmen, ist nicht einzusehen, warum diese Übung im Sinne der Entscheidungen der Verwaltungsgerichte nicht rechtmäßig sein sollte. Man muß schließlich die Bildung von Gewohnheitsrecht im Gebiete der öffentlichen Verwaltung annehmen, will man nicht eine grenzenlose Rechtsunsicherheit auf dem Gebiet der praktischen Verwaltung heraufbeschwören[78]) und in ein Theoretisieren im luftleeren Raum über das Recht des Rechtsstaates und seiner Verwaltung verfallen. Da die Verwaltungsgesetze, die im Rechtsstaat Richtschnur allen öffentlichen Handelns sein sollen, unzweifelhaft Lücken besitzen, der Staat aber nicht einfach aufhören kann zu verwalten, muß das Gewohnheitsrecht zwischen Verwaltung und einzelnen anerkannt werden. Wollte man das nicht tun, müßte man die Durchführung des Grundsatzes von der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung in der bisherigen rechtsstaatlichen Verwaltung, insbesondere im Polizeirecht, bestreiten. Die bis zum Jahre 1931 gültige Polizeiermächtigung des § 10. II. 17 ist als gesetzliche Grundlage und in ihrer Auslegung und Anwendung im einzelnen ebenso allein auf Gewohnheitsrecht zurückzuführen, wie die Ausbildung des polizeilichen Notstandsrechts im Anschluß an § 74 Einleitung zum ALR[79]).

Ein Leugnen des Gewohnheitsrechtes ginge somit an dem tatsächlichen Rechtszustande des öffentlichen Rechts vorüber und würde zu Folgerungen zwingen, die mit dem geltenden Recht keineswegs in Einklang zu bringen wären. Nur mit der Anerkennung eines Gewohnheitsrechtes auch zwischen öffentlicher Verwaltung und einzelnen kann man der Verwaltung des Rechtstaates gerecht werden.

---

76) Jellinek, Verw. R. S. 117; Schade, a. a. O. S. 308; Reschkofsky, a. a. O. S. 53 ff.
77) Anarchie! nach Otto Mayer.
78) Vergl. Rechtsgrund des Gewohnheitsrechts bei Jellinek, Verw. R. S. 116.
79) Drews, a. a. O. S. 5, 53; Furler, a. a. O. § 11.

Das Gewohnheitsrecht wird sich in der Regel nur dort bilden, wo die gesetzgebundene Verwaltung eine Lücke im Rechte vorfindet, die in der Verwaltungspraxis der Ausfüllung bedarf. So ist das Gewohnheitsrecht, ein Recht praeter legem, und vielfach auch nur als solches anerkannt[80]. Dem gegenüber hat aber Jellinek[81] nachgewiesen, daß sich das Gewohnheitsrecht auch contra legem — in seinem Beispiel gegen § 1. Abs. II des Ges. über die Freizügigkeit vom 1. 11. 1867 (Artikel II RVerf. v. 1871, Artk. 13 RVerf. v. 1919) zugunsten von § 12 des Kommunalabgabengesetzes vom 14. VII. 1893 — bildet und durchsetzt. Es kann also auch eine derogierende Wirkung haben und die Schranken förmlicher Gesetze überwinden[82].

Wenn so das Gewohnheitsrecht im Verwaltungsrecht grundsätzlich anerkannt werden muß, bleibt im Rahmen dieser Untersuchung die Frage, ob sich die Anstaltspolizei mit diesem Gewohnheitsrecht begründen läßt, oder anders ausgedrückt: ist das behauptete Recht der öffentlichen Anstalten, alles, was ihren Betrieb stört, beseitigen zu können, im Wege des Gewohnheitsrechtes geltendes Verwaltungsrecht geworden?

In dieser allgemeinen Fassung muß das verneint werden. Bei der großen Vielgestaltigkeit öffentlicher Veranstaltungen fehlt es einmal an der Voraussetzung des Gewohnheitsrechtes, der für alle Anstalten gleichmäßigen Übung des Rechtes, in diesem Fall, der Abwehr von Störungen des Anstaltsbetriebes. Der Betrieb der öffentlichen Anstalten und ihr Wesen ist so verschieden, daß die eine oft, die andere vielleicht gar nicht oder doch nur selten in die Lage versetzt wird, die Anstaltspolizei gegen den Störer zur Anwendung zu bringen. Könnte man daher wohl in einem Falle eine dauernde Übung voraussetzen, so wäre das doch in dem andern Falle nicht möglich. Und die geübte Verwaltungspraxis der einen Anstalt in der Anwendung der Anstaltspolizei kann der anderen nicht zugutekommen, eben weil sie so von einander verschieden sind und sich oft auf völlig anders gearteten Lebensgebieten betätigen. Mangelt es so einmal an der allgemeinen Übung, so fehlt es sicherlich erst recht an der allgemeinen sich auf das Anstaltspolizeirecht aller Anstalten beziehenden Rechtsüberzeugung, die schon mangels ausreichender Anwendung der Anstaltspolizei in vielen Fällen nicht vorhanden sein wird und kann. Dem steht nicht entgegen, daß sich bei einzelnen öffentlichen Anstalten die Anstaltspolizei infolge langer Übung, abgesehen von den sonstigen Möglichkeiten rechtlicher Begründung, auch mit dem Gewohnheitsrecht begründen läßt. Bei ihnen hat sich infolge dauernder Anwendung der Anstaltspolizei auch in den Kreisen der davon Be-

---

[80] Vergl. S. 64 Anm. 1.
[81] W. Jellinek, Verw. R. S. 116.
[82] Vergl. Drews, a. a. O. S. 5.

troffenen die Überzeugung von ihrer Rechtmäßigkeit gebildet. Ein Beispiel mag die Beseitigung von Störungen eines Aufmarsches von Militär oder Polizei sein. Von jeher wurde jeder, der sich durch ihre Reihen drängen wollte, beiseite gedrängt oder zurückgestoßen. Kein Straßenpassant darf es wagen, sich in den Weg zu stellen, sonst kommt die Anstaltspolizei zur Anwendung, die der marschierenden Truppe freie Bahn schafft, wenn es sein muß mit Zwang und Gewalt. Dies ist schon immer so gewesen und wird wahrscheinlich auch so bleiben[83]). Alle sind überzeugt, daß es so richtig ist. Es handelt sich hierbei nicht, wie Waldecker meint[84]) nur um eine rein mechanische Folge des Anstaltsbetriebes. Dies Recht Störungen zu beseitigen, sich Platz zu schaffen, steht z. B. nicht jedem Passanten zu. Ich muß Rücksicht auf den Straßenverkehr nehmen, kann es nicht darauf ankommen lassen, daß alle Leute und Fuhrwerke gerade mir ausweichen. Wollte ich mir rücksichtslos einen Weg bahnen und dabei Ellenbogen und Beine so benutzen, wie es mir dazu dienlich erschiene, so würde ich sehr bald einige Klagen wegen Körperverletzung, tätlicher Beleidigung, Schadensersatz und Schmerzensgeld am Halse haben, und die Urteile würden nicht lange auf sich warten lassen. Und das ist gerade ein Zeichen für den rechtlichen Unterschied zwischen dem einzelnen Bürger und dem Heer als öffentlicher Anstalt in diesem Falle, daß gegen das letzte eine Klage niemals durchgreifen würde, weil eben das Heer ein Recht zur Anstaltspolizei hat, das dem Privaten versagt ist[85]).

Allerdings werden die Fälle in denen sich die Anstaltspolizei allein mit dem Gewohnheitsrecht rechtfertigen läßt, nicht allzu häufig sein und praktisch wenig in Erscheinung treten, da sich die Anstaltspolizei meist anderweitig begründen lassen wird. Immerhin kann, wenn andere Rechtsgrundlagen nicht gegeben sind, die Anstaltspolizei allein gewohnheitsrechtlich zu öffentlichem Recht geworden sein. Dies kann z. B. dann von Bedeutung sein, wenn eine Maßnahme der Anstaltspolizei sich weder nach § 10. II. 17 oder § 14 PVG halten läßt, noch mit dem Staatsnotrecht begründet werden kann, weil vielleicht eine Überschreitung der Notwehr vorliegt. Dann kann noch immer das Gewohnheitsrecht eine ausreichende Rechtsgrundlage für die Anstaltspolizei bieten.

Darüber hinaus spielt das Gewohnheitsrecht, wenn auch nicht unmittelbar, zur Begründung der Anstaltspolizei eine Rolle, weil es die anderen Rechtsgrundlagen, auf die sich die Anstaltspolizei sonst stützt, z. T. erst geschaffen, z. T. erweitert und ausgebildet hat. Ohne Gewohnheits-

---

83) Jetzt gesetzlich in der Reichsverkehrsordnung vom 28. 5. 34, § 32, Abs. II (RGBl. I, S. 457 ff.) geregelt.
84) Waldecker, a. a. O. S. 314.
85) Vgl. Anm. 83.

recht wäre § 10. II. 17 als Rechtsgrundlage der Anstaltspolizei nicht vorhanden, die feste Abgrenzung der polizeilichen Befugnisse und das polizeiliche Notstandsrecht vor 1931 nicht denkbar gewesen.

Als Rechtsquelle und Rechtsgrundlage kommt, so merkwürdig es auch klingen mag, im öffentlichen Recht schließlich noch die einfache „Tatsache", das Faktum, in Betracht.

Staat und Verwaltung sind keine toten Maschinen, die, wenn sie einmal eingeschaltet sind, gleichlaufend weiterarbeiten. Sie sind Organismen, denen im Rechtsstaat zwar auch ihr ordnungsmäßiger Gang durch die bestehenden, auch sie bindenden Gesetze, vorgeschrieben ist, die sich aber lebendig fortentwickeln, sich neuen Ereignissen anpassen und diesen Rechnung tragen müssen. Hinter dieser Entwicklung muß die bestehende Rechtsordnung als etwas bis zu einem gewissen Grade Starres zurückbleiben[86]), so daß Lücken im Gesetze enstehen, die in den meisten Fällen durch die faktischen Machtverhältnisse ausgefüllt werden. Hieraus kann sich in vielen Fällen ein lückenfüllendes Gewohnheitsrecht bilden, oder aber das Tatsächliche wird sofort zum Recht, das Faktische zum Normativen erhoben[87]). Diese normative Kraft des Faktischen hat in Theorie und Praxis, insbesondere inbezug auf die Verfassungsmäßigkeit der obersten Staatsführung Anerkennung gefunden. So erkennt sie Anschütz[88]) ausdrücklich an und beruft sich dabei auf Georg Jellinek, Thoma und G. Mayer, ja selbst auf Bismarck und Treitschke. Den gleichen Standpunkt hat das Reichsgericht in mehrfachen Entscheidungen eingenommen. So heißt es in RGZ 99, 287: „Die Anordnungen sind gültig und für das Reich verbindlich, da die Regierung, welche sie erlassen hat, ihren Bestand zwar einer gewaltsamen Umwälzung verdankt, sich aber mit Erfolg in ihrer Machtstellung behauptet hat, ihre Regierungsgewalt daher staatsrechtlich anzuerkennen ist." Ebenso hat das preußische OVG in seiner Entscheidung Bd. 77 S. 497 die Auffassung vertreten, daß auch durch politische Tatsachen Recht geschaffen werden kann. Dieser Auffassung hat sich der Staatsgerichtshof angeschlossen (Entsch. d. StGH in RGZ 114, S. 6) und entschieden, „daß im Staatsleben der tatsächlichen Herrschaft, die sich gegenüber Widerständen durchzusetzen vermocht hat, rechtliche Anerkennung zukommt." In gleicher Weise sind viele andere Entscheidungen ergangen[89]).

Die Entstehung dieses Rechtes hat sehr viel Ähnlichkeit mit der Entstehung des Gewohnheitsrechtes und unterscheidet sich von ihm nur durch

---

[86]) Vergl. oben S. 31.

[87]) G. Jellinek, Allg. Staatslehre, S. 359/360.

[88]) RVerf. Einl. S. 6; vergl. auch Fr. Giese, Verf. d. Deutschen Reiches, 8. Aufl. § 1, Nr. 2.

[89]) RGZ 100, 27; 102, 423; 104, 258; RGSt 53, 52, 65; 54, 149; 54, 152, 264; 56, 266; 57, 92.

das Fehlen der Übung, die zur Entstehung von Gewohnheitsrecht Vorbedingung ist. Mit dem Wegfall der Übung und Gewohnheit bei diesem auf Grund von Tatsachen entstehenden Rechtes entfällt allerdings eine sehr erhebliche Gewähr für die Rechtmäßigkeit der zu Recht gewordenen tatsächlichen Handlungen. Denn unter anderen Voraussetzungen mußte die gleichmäßige Gewohnheit und Übung die fehlende gesetzliche Festlegung des Rechtes ersetzen, und erst die Zeit vermochte die Tatsache zum Recht zu erheben. Da aber der Gedanke des Rechtsstaates ein hohes Maß von Rechtssicherheit und Rechtsgarantie im Rechts- und Staatsleben erfordert — seine Vollendung bildet die „Gesetzmäßigkeit" im eigentlichen Sinne und der weitausgebaute Rechtsschutz des einzelnen gegenüber der Verwaltung — und weil dieses „tatsächliche" Recht ohne besondere Kenntlichmachung und an keine Formen gebunden ist, bedarf es einer festen Grundlage als Garantie für den Rechtsstaat, und seine Entstehung muß an bestimmte Voraussetzungen geknüpft sein. Diese liegen einmal in seiner Besonderheit im Sinne einer nur ausnahmsweisen Anwendung — es erinnert hierbei an das Staatsnotrecht — und in der Beschränkung seiner Entstehung nur durch Anwendung bei zentralen Staatsgewalten und -behörden. Das Recht entwickelt sich nur aus der besonderen Gestaltung der Vorgänge im staatlichen Leben, aus einer Lage, in der eine derartige Fort- oder Umentwicklung staatlicher Verhältnisse vor sich geht, daß die tatsächlichen Vorgänge die rechtlichen übermächtig in den Hintergrund drücken, ja daß die rechtlichen und gesetzlichen Grundlagen zur Regelung und zur Ordnung der gegebenen Lage nicht mehr hinreichen. Dann muß die Macht, die tatsächliche Handhabung das Recht ersetzen, an seine Stelle treten und damit, was hier das Wichtigste ist, selbst zum Recht werden. Man kann daher das Recht dieser tatsächlichen Gegebenheiten als „Revolutionsrecht" bezeichnen. Bei ihm kommt es nicht darauf an, ob die Ursachen, die seine Entstehung herbeiführten, gesetzlich waren, erforderlich ist nur, daß die Staatsgewalt, die die Maßnahmen ergreift und sie zum Recht stempelt, sich durchsetzt und sich Anerkennung verschafft[90]). Dieses Recht wird natürlich, da es kein geschriebenes Recht ist, von all denen bestritten werden, die auch das Notrecht oder das Gewohnheitsrecht nicht anerkennen, es wird abgelehnt von all denen, die auf einem legitimistischen Standpunkt stehen. Und doch muß es auch im Rechtsstaat anerkannt werden. Es liegt zwar nicht so ganz im Rahmen des Rechtsstaates, sondern entwickelt sich am Rande als Übergangsrecht, als Ausnahme, wie eben die Revolution selbst im eigentlichen Sinne keine rechtliche Lösung staatsrechtlicher Fragen darstellt, sondern eine gewaltsame Lösung; aber auch sie ist wieder nur ein Übergang von einer Form zur

---

[90]) Vergl. die oben genannten Entscheidungen des RG, StGH und OVG.

anderen, wobei der Staat fortbesteht, und der Gedanke des Rechtsstaates nicht aufgegeben zu werden braucht.

Wer den Staat und seine Verwaltung als lebendig sich fortentwickelnde Organismen betrachtet, muß, nicht nur politisch, sondern auch rechtlich die Möglichkeit bejahen, daß er sich durch eine Revolution eine neue Lebensgrundlage und neues Recht schafft, in dem er seine tatsächlichen Maßnahmen zum Rechte erhebt.

Es ist dabei auch kein wesentliches Merkmal oder eine unverzichtbare Voraussetzung für die Rechtmäßigkeit dieses Revolutionsrechtes, daß es ein Ausfluß jenes ethischen Rechtes ist. Es ist Recht, auch wenn es in politischer Hinsicht und im Hinblick auf die Folgen für Staat und Volk das gröbste Unrecht darstellt, sofern nur die Staatsgewalt, die es erläßt und anwendet, sich durchsetzt und im Staat behauptet. Das Recht hängt von der Macht ab, wie es ihm seine Entstehung verdankt. Hier geht die Macht vor Recht und ersetzt es[91]).

Zu einem im wesentlichen gleichen Ergebnis gelangt auch Herrfahrdt[92]). Er erkennt ebenfalls die verpflichtende Kraft von Revolutionsanordnungen als verbindliche Ordnungsnormen an, trennt davon aber scharf ihren Rechtsgehalt als Ausfluß einer höher zu wertenden Rechtsordnung[93]). Wann im einzelnen nun nach seiner Ansicht eine Rechtsnorm vorliegt und wann nur eine Ordnungsnorm, ist hier gleichgültig. Jedenfalls decken sich die „Ordnungsnorm" und das hier aufgeführte „Revolutionsrecht" in soweit, als beide für die Betroffenen verpflichtende Wirkung haben und Verwaltung und Gerichte binden.

Neben dieser einen rechtlichen Voraussetzung des Revolutionsrechtes, die sich aus der besonderen staatsrechtlichen Lage des Umbruchs, der Umwälzung staatlicher Verhältnisse ergibt, besteht die andere: ein Revolutionsrecht aus den tatsächlichen Verhältnissen kann ursprünglich nur dadurch entstehen, daß die staatliche Zentralgewalt es anwendet. Es würde eine Preisgabe des Gedanken der Rechtseinheit und der Rechtssicherheit bedeuten, wollte man allen nachgeordneten und ausführenden Staats- und Verwaltungsbehörden das gleiche Recht zuerkennen. Durch deren dauernde Verwaltungspraxis wird allerdings die Möglichkeit für die Bildung eines Gewohnheitsrechtes gegeben, das auch örtlich von einander abweichen kann. In diesen Fällen gibt aber die durch die Übung eingetretene Rechtsüberzeugung die Rechtsgarantie für die Berechtigung staatlicher Eingriffe. Die Bevölkerung, die ja davor geschützt werden soll, daß die Behörden sie ungerecht

---

[91]) Herrfahrdt, S. 59/60; Vgl. Loening im Handwörterbuch der Staatswissenschaften, 3. Aufl. Bd. VII, S. 705.
[92]) a. a. O. S. 57 ff; vgl. jedoch S. 74 ebenda.
[93]) a. a. O. S. 79/80.

belasten, und zu deren Gunsten ja gerade der Grundsatz der Rechtssicherheit gilt, gibt hier gewissermaßen durch ihre eigene Überzeugung von der Rechtmäßigkeit eines an sich gesetzlich nicht festgelegten Eingriffs der Verwaltung die Rechtsgrundlage dafür ab. Diese Grundlage fehlt aber bei der Anwendung des Revolutionsrechtes. Die Macht der Verhältnisse und die sich durchsetzende Gewalt sind hier die Rechtsgrundlagen. Diese finden sich jedoch nicht bei den unteren Behörden, denn nicht sie machen die Revolution, sie haben nicht von sich aus die Macht, sondern entlehnen sie von denen, die die Revolution vorwärtstreiben und ihre Träger sind, wie sie meist auch nur die Ergebnisse einer Revolution sichern, ohne aktiv und selbstständig an ihr teilzuhaben. Bei ihnen treffen daher die Voraussetzungen für die Entstehung eines Revolutionsrechtes gar nicht zu. Was diese Behörden dennoch außerhalb dieses Revolutionsrechtes tun, wenn sie in ihrer Verwaltungstätigkeit das Tatsächliche zum Normativen erheben, ist Unrecht, es sei denn, daß es in Befolgung eines bereits geltenden Revolutionsrechtes geschieht. Dann aber schaffen sie kein Recht in ihrer Tätigkeit, sondern wenden bereits bestehendes Recht an.

Revolutionsrecht entsteht also allein bei den Trägern der Revolution, bei den Zentralgewalten, in deren Händen die Macht liegt. Und wenn sie andere Stellen mit der Durchführung der Revolution auf einzelnen Gebieten betrauen, so liegt eben in dieser Betreuung eine Ermächtigung zur Schaffung von Recht, das dann in Händen der betrauten Behörde eigentlich nicht mehr ursprünglich, sondern als ein von der Macht der Zentralgewalt entlehntes Recht entsteht.

Im Rahmen dieser Voraussetzungen kann das Revolutionsrecht auch eine Rechtsgrundlage für die Anstaltspolizei bilden. Alles, was den Betrieb öffentlicher Anstalten und ihre Ordnung stört oder stören könnte, wird beseitigt, unschädlich gemacht und kaltgestellt auf Grund der sich durchsetzenden Macht und der besonderen Verhältnisse staatlichen Umschwunges, der Revolution.

Wer heute den Neuaufbau, der sich auf allen Gebieten vollzieht, stört, sich widersetzt oder auch nur hinderlich ist, wird beiseitegeschoben. Wenn z. B. der Rundfunk, der eine öffentliche Anstalt in unserem Sinne darstellt, in den Dienst des nationalen Rechtsstaates gestellt wird, so sind dabei Umstellungen erforderlich. Und wenn dabei Personen fallen, so ist das ein Schutz, der der öffentlichen Anstalt eben auf Grund des Revolutionsrechtes zuteil wird. Allein die Tatsache, daß sich die beseitigten Personen in der Vergangenheit unrichtig verhalten haben und gesinnungsgemäß nicht in den durch die Neuordnung gedachten Rahmen passen, würde eine Anwendung der Anstaltspolizei weder aus dem Gesichtspunkt der gestörten Ordnung nach § 10. II. 17 oder § 14

PVG, der Abwehr eines störenden Angriffs oder überhaupt einer Störung auf Grund des Verwaltungsnotrechtes und erst recht nicht aus dem Gesichtspunkt des Gewohnheitsrechtes rechtfertigen. Rechtsgrundlage der Anstaltspolizei ist allein in diesem Falle das Revolutionsrecht. Es ist auch in unserem Beispiel „Recht" und nicht nur „Macht". Denn trotz der legalen Machtergreifung durch die NSDAP liegt wegen des ungeheuren, auch geistigen Umschwunges auf allen Gebieten staatlichen Lebens nichts anderes als eine Revolution vor. Und daß sich diese Revolution durchsetzt und ihre Träger die Macht in Händen haben, liegt außer jedem Zweifel. Wenn dann im Zuge dieser Revolution auf Grund der Macht Maßnahmen getroffen werden, so sind sie „Recht" als „Recht der Revolution". Und in diesem Recht kann die Anstaltspolizei eine Rechtsgrundlage finden, um damit die notwendigen Sicherungen für ihren Betrieb zu begründen.

§19. Schlußwort.

In den meisten Fällen wird es so sein, daß die öffentliche Anstalt die Abwehr von Störungen ihres Betriebes auf mehrere Rechtsgrundlagen stützen kann, da alle Voraussetzungen gegeben sind. Das kann für den Umfang der Abwehr und die Wahl der Mittel von Bedeutung sein.

Die Bestimmung darüber, ob und in welchem Umfange die Anstaltspolizei angewendet werden soll, liegt bei der öffentlichen Anstalt selbst, d. h. den in ihrem Betriebe dazu berufenen Organen. Diese Bestimmung zu treffen, ist ein Recht der öffentlichen Anstalt, welches ihr auf Grund der ihr zugestandenen Selbstverwaltung zukommt oder aber aus der Verantwortlichkeit der Anstaltsorgane gegenüber den Staats- und Verwaltungsbehörden folgt. Die ordentlichen Polizeiorgane sind zum Einschreiten zugunsten der öffentlichen Anstalt erst berechtigt, wenn die dazu berufenen Organe der öffentlichen Anstalt polizeiliche Hilfe beansprucht haben, oder ein sofortiges unmittelbares Einschreiten der ordentlichen Polizeiorgane in dringendem öffentlichen Interesse liegt. Die Polizei ist aber zum Einschreiten verpflichtet, sobald ein Ersuchen der öffentlichen Anstalt an sie ergangen ist. Was sie dann tut, richtet sich nach den allgemeinen Ermächtigungen, die die Rechtsgrundlage für das polizeiliche Handeln und insbesondere hier für die Anstaltspolizei bilden.

Lebenslauf.

Am 10. April 1909 bin ich, Hans Werner D i c k m a n n, in Potsdam als Sohn des damaligen Oberlehrers und späteren Oberstudiendirektors Friedrich D i c k m a n n geboren. Von 1918 bis 1924 besuchte ich das Staatliche Stiftsgymnasium zu Zeitz (Prov. Sachsen), von 1924 an das Staatliche Friedrich-Wilhelms-Gymnasium in Berlin, an dem ich Ostern 1927 die Reifeprüfung ablegte. In Berlin, Halle und seit dem Sommersemester 1930 in Marburg studierte ich Rechts- und Staatswissenschaften und habe am 3. Juni 1931 vor dem Oberlandesgericht in Kassel die erste Staatsprüfung bestanden. Am 23. Juli 1931 wurde ich zum Referendar ernannt und seit dem 27. Juli 1931 befinde ich mich bis heute im juristischen Vorbereitungsdienst im Bezirk des Kammergerichts zu Berlin.

Berlin-Zehlendorf, den 23. September 1933
Werner D i c k m a n n.
Referendar.